

Le pluralisme juridique en droit international privé

Didier BODEN

Maître de conférences à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

RÉSUMÉ. — L'expression « **pluralisme juridique** » désigne, parmi de nombreuses autres significations, une **théorie générale du droit** (permettant notamment de décrire le droit, de l'appliquer, ou de prôner son changement ou son maintien en l'état), par opposition au **monisme** et au **dualisme**. En tant que théories générales du droit, le monisme et le dualisme, à la grande différence du pluralisme, sont identiquement incapables de décrire les relations entre ordres juridiques ; en ce sens et dans cette mesure, le dualisme n'est qu'une manière de monisme et ne nécessite donc pas de considérations distinctes. En **droit international privé**, le monisme et le pluralisme prennent étonnamment les noms de bilatéralisme et d'unilatéralisme. C'est essentiellement depuis la fin du XIX^e siècle que le contraste entre monisme-bilatéralisme et pluralisme-unilatéralisme est perçu. Certains législateurs ont choisi sciemment de s'inscrire dans l'une ou dans l'autre de ces deux théories. Elles guident les organes d'application du droit en leur donnant le mode d'emploi de celui-ci. Depuis un demi-siècle, les auteurs mesurent la part de correspondance de chacune de ces deux théories au droit positif. L'évolution récente de celui-ci accorde une pertinence croissante au pluralisme-unilatéralisme. Les nombreux **paradoxes**, cercles vicieux, pétitions de principe et autres problèmes que le droit international privé a connus depuis 1837 ont récemment été identifiés par l'auteur comme autant de résultats de l'enchevêtrement de ces deux théories, qui sont dans l'ensemble incompatibles entre elles. À de nombreux égards, les théories morales et éthiques de la mise de soi au service de la volonté d'autrui (**tolérance** active, obéissance active, complicité active) gagneraient à être collationnées avec les théories du droit international privé, dont les spécialistes disent traditionnellement qu'il est le droit de la tolérance.

INTRODUCTION

1.- Le pluralisme juridique a connu des développements récents en droit international privé, mais il importe avant toute chose de se prémunir contre les malentendus que risquerait de provoquer, à l'occasion de l'exposition de ces développements, la pluralité des acceptions traditionnellement données à l'expression « pluralisme juridique » (A). Dans la suite de la présente contribution, « pluralisme juridique » sera le nom donné à une théorie générale du droit se comprenant par opposition au monisme et au dualisme (B).

A. — *Distinction des sens de l'expression « pluralisme juridique »*

2.- Il arrive que l'on caractérise par l'expression « pluralisme juridique » ou par celle de « pluralisme législatif » la législation d'un État en tant qu'elle offre aux personnes qui sont soumises à ses dispositions le choix entre plusieurs régimes ayant chacun leurs propres conditions et leurs propres effets. En ce sens, la législation française est caractérisée par le « pluralisme juridique » en matière de régimes matrimoniaux (communauté universelle, communauté réduite aux acquêts, séparation de biens, etc.) ou en matière de sociétés commerciales (société à responsabilité limitée, société anonyme, société en commandite, société en nom collectif, etc.)¹.

Au lieu d'un terme descriptif, il peut aussi s'agir d'un terme prescriptif, par lequel on exprime les valeurs que l'on défend ou celles que l'on combat².

3.- En anthropologie du droit et en sociologie du droit, l'expression « pluralisme juridique » est généralement employée pour décrire l'état d'une société d'individus vivant sur un même territoire et n'étant pas soumis aux mêmes règles (que celles-ci soient étatiques ou non, et que les règles non étatiques soient reconnues, ignorées ou combattues par l'État). Les anthropologues et les sociologues ne s'accordent pas tous pour qualifier de « droit » ce qui n'est ni directement étatique ni étatique par délégation. Mais il y a un accord général entre eux sur cette définition du « pluralisme juridique » par la pluralité des ordres juridiques en vigueur au sein d'une même société établie sur un même territoire, certains individus étant soumis à certaines règles, et d'autres individus à d'autres règles³.

1 Pour une illustration, v. Jean-Guy Belley, « Pluralisme juridique », in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1993 : « Existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques [abstraitement identiques, en ce sens que le larcin de l'un est factuellement identique au larcin de l'autre, par exemple, mais qu'ils relèvent de juridictions et de règles matérielles différentes] ».

2 C'est dans ce dernier sens que le professeur Christian Atias a fustigé la multiplication des façons de former une famille en droit français, sous le nom de « l'idéologie du pluralisme législatif » du droit civil de la famille en France (« Éléments pour une mythologie juridique de notre temps [suite]. Le Mythe du pluralisme civil en législation », *R.R.J.* 1982 p. 244-253).

3 Le professeur Jacques Vanderlinden (« Le Pluralisme juridique. Essai de synthèse », in John Gilissen [dir.], *Le Pluralisme juridique*, Bruxelles, Éd. de l'Univ. de Bruxelles [ULB], 1972, p. 19-56) a beaucoup contribué au succès de cette idée de pluralité et de l'expression par laquelle on décrit la réalité qui y correspond. Malheureusement, cette littérature a souvent, mais pas toujours, le défaut de définir les ordres juridiques non étatiques par référence à l'État et à ne concevoir le pluralisme « qu'au sein d'une même société » (rapp. au sens indiqué *supra*, note 1). C'est là ce que Jean-Guy Belley (*op. cit.*, § 2 al. 1er) appelle par dérision le « mono-pluralisme juridique ».

M. Jacques Vanderlinden, en 1993, a présenté une autre version de cette idée, tenant tout entière dans le constat que les individus étaient simultanément soumis à des droits objectifs indépendants les uns des autres. La différence avec la version antérieure est minime puisque l'on n'est passé, on le voit, que de la pluralité des transcendances à la pluralité des allégeances. Dans un tel système, les ordres juridiques n'entrent pas en relation, et les effets que l'un accepte ou refuse d'accorder aux normes de l'autre, pour n'être pas conçus, ne peuvent pas être étudiés. V. : Jacques Vanderlinden, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », in Alain Sériaux (dir.), « Le Droit face au pluralisme », *R.R.J.* 1993 p. 567-642, spéc. 573-583).

4.- Dans une littérature qui relève davantage de la morale politique (spécialement chez Georges Gurvitch), le « pluralisme juridique » est une doctrine qui prône qu'à côté des sources traditionnelles du droit étatique que sont les lois votées par le Parlement et les règlements élaborés par le pouvoir exécutif, on joigne des normes générales émanant d'organisations elles aussi détentrices d'une légitimité politique car, selon les tenants de cette doctrine, « l'État n'a pas le monopole de la représentation de l'intérêt général » (parmi ces normes, il faudrait compter celles qui émanent d'autres « centres générateurs de droit », tels que les « syndicats, coopératives, trusts, usines, églises, services publics décentralisés, unions internationales, administratives, Organisation Internationale du Travail, Société des Nations, etc. »)⁴.

5.- Une quatrième acception a été donnée, ces dernières années (spécialement sous la plume de Madame Mireille Delmas-Marty), à l'expression « pluralisme juridique » dans la littérature se rapportant au droit : le caractère d'un droit supra-étatique formé d'obligations stipulées à la charge des États parties à une convention laissant une certaine latitude à ceux-ci dans le choix des moyens de tenir leurs engagements, et admettant dès lors une pluralité des observances étatiques. L'idée est au moins aussi ancienne que les directives communautaires et que la Convention européenne des droits de l'homme. Employer l'expression « pluralisme juridique » pour exprimer cette idée est en revanche une attitude plus récente⁵.

6.- Dans un cinquième sens, qui seul sera employé dans la suite de la présente contribution, le pluralisme juridique est une théorie générale du droit, dont Santi Romano a été le plus brillant messenger, et qui procède de l'idée qu'il existe plusieurs ordres juridiques, irréductibles les uns aux autres en général, et irréductibles en particulier aux ordres juri-

4 On trouvera des précisions sur cette doctrine politique chez l'un de ses plus ardents défenseurs, à qui sont empruntés les mots cités au texte entre guillemets : Georges Gurvitch, *discussion sur le rapport de Hugo Sinzheimer*, « La Théorie des sources du droit et le droit ouvrier », *Ann. Inst. int. phil. dr.* 1934.73-81, spéc. p. 80 ; Georges Gurvitch, « Théorie pluraliste des sources du droit positif », *Ann. Inst. int. phil. dr.* 1934, p. 114-131 ; Georges Gurvitch, *L'Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935, p. 138-152.

Il s'agit donc d'une doctrine de morale politique portant sur les sources de la légitimité juridique, que Gurvitch a malheureusement tendance à présenter comme une réflexion purement scientifique, où il ne serait question que de « constater des faits normatifs ». On devine l'acrimonie qu'une telle confusion méthodologique a suscitée de la part de Hans Kelsen et surtout d'Alf Ross lorsqu'elle a été commise devant les membres de l'Institut international de philosophie du droit et de sociologie juridique (*Ann. Inst. int. phil. dr.* 1934, p. 130).

5 Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 112, 143-144, 185-186, 193-194, 200, 225 ; Mireille Delmas-Marty et Jean-François Coste, « Droits de l'homme : logiques non standard », *Le Genre humain*, n° 33, 1998, p. 135-154 ; Elisabeth Lambert, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, th. Univ. Robert Schuman de Strasbourg [1998], Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 45-57, spéc. p. 48 : « la théorie pluraliste ou de l'harmonisation, dont le modèle doit à présent être explicité ».

diques étatiques (ou à l'un d'entre eux, ou à un ordre juridique qui leur conférerait à tous une unique juridicité), tous ces ordres juridiques nouant entre eux diverses relations, ou refusant d'en nouer.

Cette théorie générale s'oppose au monisme, dont Hans Kelsen a été le plus rigoureux interprète, et qui part de l'idée qu'il n'existe pour tout l'univers qu'un seul ordre juridique, auquel se ramènent par nécessité logique toutes les normes juridiques (sans quoi elles ne seraient pas juridiques). Le pluralisme juridique s'oppose également au dualisme, théorie générale à laquelle Dionisio Anzilotti a associé son nom, et qui découle de la double affirmation qu'il existe plusieurs ordres juridiques irréductibles les uns aux autres, certes, mais que ces ordres juridiques ne sont pas en relations les uns avec les autres.

Cette opposition du monisme, du dualisme et du pluralisme en tant que théories générales du droit réclame quelques précisions.

B. — *Opposition du monisme et du dualisme au pluralisme*

7.- Un nouveau risque de confusion affecte l'emploi des termes « monisme » et « dualisme ». Ceux-ci désignent soit deux théories générales du droit, soit deux types d'États, selon le procédé constitutionnel qu'ils utilisent pour rendre étatiquement obligatoires les normes du droit international dotées d'effet direct (*self executing*)⁶.

Dans ce second sens, qui n'est mentionné ici que pour pouvoir être écarté, un État est qualifié de moniste si et dans la mesure où⁷ il rend obligatoires pour ses justiciables les normes du droit international dotées d'effet direct (*self executing*), sans que ce caractère étatiquement obligatoire dépende d'un recopiage de la norme internationale sous la forme d'une norme étatique. Par opposition, un État est qualifié de dualiste si et dans la mesure où le caractère étatiquement obligatoire dont il vient d'être question dépend du recopiage de la norme internationale sous la forme d'une norme étatique.

Cette acception ne sera plus employée dans la suite de la présente contribution.

8.- En tant que théories générales du droit, c'est-à-dire en tant que représentations générales permettant notamment de décrire le droit, de l'appliquer, ou de prôner son changement ou son maintien en l'état, le monisme et le dualisme pourraient sembler très

6 Sur la distinction de ces deux emplois, v. notamment : Carlo Santulli, *Le Statut international de l'ordre juridique étatique. Étude sur le traitement du droit interne par le droit international*, th. Univ. Panthéon-Assas Paris II (1999), Paris, Pedone, 2001, p. 90-91 ; plus implicite : Mathias Audit, *Les Conventions internationales entre personnes publiques*, th. Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne (1999), Paris, LGDJ, 2002, p. 37, n° 83.

7 Un État, en ce sens, peut être moniste envers certaines normes et dualiste envers d'autres. Ainsi le Royaume-Uni est-il moniste vis-à-vis des règles communautaires et des coutumes internationales, alors qu'il est dualiste vis-à-vis des autres règles du droit international.

différents l'un de l'autre. À certains égards cependant — qui seuls nous intéressent parce qu'il sera ici principalement question de droit international privé —, il s'agit de deux théories parfaitement jumelles et nettement distinctes du pluralisme.

Cela se comprendra rapidement lorsqu'aura été rappelé ce qu'est le droit international privé d'un État. À côté d'une première partie, composée de la *règle* par laquelle un État impose qu'on applique, par préférence aux normes des autres États, ses normes de droit privé aux situations qui entrent dans le champ d'application de celles-ci (en vérité, plutôt que d'une *règle*, il ne s'agit que d'un *aspect de ces normes*), le droit international privé d'un État est formé des règles qu'il s'impose de suivre lorsqu'il est amené à accepter ou à refuser de donner un effet de droit privé à des normes émanant d'un autre État.

Le droit international privé est, en ce sens, un droit des relations entre ordres juridiques. Or le monisme et le dualisme sont deux théories générales au sein desquelles les relations entre ordres juridiques sont proprement inconcevables. Dans le monisme, il n'y a pas de relations entre ordres juridiques car il n'y a qu'un seul ordre juridique. Et dans le dualisme, il y a certes une pluralité d'ordres juridiques, mais l'étanchéité absolue que cette théorie leur impose par une sorte de nécessité logique les empêche d'être en relations. Il n'est donc pas étonnant que ces deux théories aient recours aux mêmes artifices pour décrire le droit international privé, spécialement en tant que celui-ci commande dans certains cas l'application des lois étrangères : cette application est présentée, selon les auteurs de textes monistes ou dualistes, tantôt comme le résultat de la naturalisation préalable de la loi étrangère (de sorte que la loi effectivement appliquée n'est plus étrangère), tantôt comme l'application d'une loi du for prenant en considération la loi étrangère, comme on le ferait d'un simple fait (de sorte que, de nouveau, c'est le droit du for qui seul est appliqué).

Lorsqu'on s'intéresse à la présentation que les théories générales donnent du droit international privé, il est donc vain de vouloir opposer le monisme et le dualisme, qui, en ce domaine, sont deux théories jumelles. La seule opposition pertinente est celle qui met face-à-face le monisme (auquel on ramènera le dualisme), qui exclut les relations entre ordres juridiques, d'une part, et, d'autre part, le pluralisme, qui les admet⁸.

9.- Le risque de confusion étant à présent amoindri, il devient possible d'aborder l'étude de ce que sont en droit international privé les théories moniste et pluraliste (I), et l'usage qui peut en être fait, aussi bien dans cette matière que dans d'autres, propices aux analogies (II).

8 En ce sens, v. Edoardo Vitta, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1979-I, vol. 162, p. 9-243, spéc. p. 32-34 (équivalence en droit international privé du monisme de Hans Kelsen et du dualisme de Dionisio Anzilotti et de ses épigones italiens, équivalence étayée par l'identité de leurs artifices théoriques) et p. 34-35 (rejet du monisme et du dualisme par l'auteur, qui prône l'utilisation en droit international privé du pluralisme de Santi Romano).

I. — EXPOSITION DES THÉORIES MONISTE ET PLURALISTE
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

10.- Une explication de ce que sont les théories générales (A) permettra de mieux comprendre les usages qui peuvent en être faits. On donnera ensuite à lire un diptyque opposant la théorie moniste et la théorie pluraliste jusque dans leurs développements de droit international privé (B).

A.— *Nature des théories*

11.- Une théorie est une *présentation* de son objet, c'est une image, un tableau. Cette présentation n'est pas nécessairement descriptive : les discours non descriptifs relatifs au droit sont nombreux⁹. Chaque genre de discours a ses propres critères de pertinence.

On évoquera d'abord ici le discours descriptif qui est celui de la science fondamentale du droit, dont le premier critère de pertinence est sa correspondance à la réalité juridique décrite¹⁰. Le monisme et le pluralisme, en tant que théories descriptives, correspondent chacun à une part plus ou moins grande de la réalité du droit international privé. En ce sens, chacune de ces deux théories est plus ou moins vraie et plus ou moins fautive. Depuis un demi-siècle, comme on le verra plus loin¹¹, l'un des exercices les plus prisés des spécialistes du droit international privé, surtout en France, a consisté à mesurer la part de correspondance au droit positif de chacune de ces deux théories.

Un autre type de discours, plus théorique qu'on ne le pense, est celui que tient le législateur, ou son substitut prétorien. Par les mots qu'il utilise, et par les règles qu'il impose, le législateur peut rendre hommage à une théorie, et commander ainsi à ceux qui

⁹ On trouvera une exposition des différents types de discours relatifs au droit (ontologie du droit ; science fondamentale du droit ou enseignement juridique ; science appliquée du droit ou renseignement juridique ; doctrine ; plaidoirie, réquisitoires et discours similaires ; politique juridique ou morale juridique ; motivation ; législation), in Didier Boden, *L'Ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, polycop., p. 517-523.

¹⁰ Les autres critères de pertinence d'une théorie descriptive sont les suivants. Puisque la théorie descriptive procède par regroupement au sein de catégories, de sorte que ce qui est affirmé d'un cas individuel puisse aussi être dit, au moyen d'une loi théorique, de toute une série d'autres cas, on préférera l'économie d'une seule théorie générale à la profusion des théories *ad hoc*. Le degré de correspondance à la réalité et l'économie ne sont que les deux faces d'un seul et même critère. Puisque la théorie est une présentation des choses, le deuxième critère de pertinence d'une théorie est sa valeur pédagogique, c'est-à-dire la vertu qu'elle a de faire accéder rapidement et efficacement les étudiants à une certaine connaissance de la réalité étudiée. Puisque la théorie articule un certain nombre de propos qui forment un ensemble cohérent, le troisième critère de pertinence d'une théorie est l'absence de surprise que l'on éprouve, après avoir lu les premiers éléments de la théorie, en prenant connaissance des éléments suivants. Puisque l'une des fonctions de la théorie est de permettre l'argumentation et que l'on ne convainc jamais aussi facilement une personne que lorsqu'elle est déjà convertie à ce que l'on soutient, le quatrième critère de pertinence d'une théorie est le succès qu'elle a déjà remporté. V. Didier Boden, *op. cit.*, p. 504-516.

¹¹ V. *infra*, n° 18.

seront chargés d'appliquer la loi de se poser certaines questions, à l'exclusion de certaines autres, dans un ordre qui aurait paru saugrenu s'il s'était inscrit dans une autre théorie. C'est ce *mode d'emploi* de la loi (ou de la jurisprudence qui en tient parfois lieu) qui est appelé, notamment en droit international privé, « *méthode* ». En ce sens, une méthode est, ou n'est pas, de droit positif ; elle l'est dans une mesure plus ou moins grande ; elle est irréductible aux règles et aux décisions ; elle commande la censure d'une décision qui ne l'aurait pas suivie (une méthode, comme tout raisonnement, se *suit*) dans une matière où elle est de droit positif ; elle est une image, c'est-à-dire une théorie, que le droit positif donne de lui-même et de sa mise en œuvre ¹².

12.- Un bref exemple de droit international privé permettra de mieux comprendre en quoi une théorie peut être un mode d'emploi du droit positif. Deux théories s'offrent à celui qui entreprendrait de décrire le raisonnement à suivre en droit positif français lorsque deux Iraniens veulent divorcer à Paris :

Première théorie, première méthode

1. – Question de droit international privé français : L'action en divorce relève-t-elle de la règle de conflit française applicable aux questions de droit non patrimonial des personnes et de la famille (ce qu'on appelle usuellement le statut personnel) ?
2. – Question de droit international privé français : S'il s'agit d'une question de statut personnel, quel est le critère de rattachement retenu par la règle de conflit français ? S'agit-il de la nationalité commune des parties, ou d'un autre critère ?
3. – Question de droit international privé français : Quel est l'ordre juridique que désigne ce critère ? Autrement dit : quel est l'ordre juridique compétent ?
4. – Question de droit international privé iranien : dans l'ordre juridique désigné, quelle est la loi substantielle qui fait entrer dans son champ d'application l'action en divorce de deux Iraniens à Paris ? Il y en a nécessairement une, car tout droit étatique a toujours réponse à tout.
5. – Question de droit international privé français : L'application envisageable de cette loi en l'espèce ne révèle-t-elle pas qu'en réalité, c'était la loi substantielle française qui, par exception à la règle de conflit applicable en matière de statut personnel, devait s'appliquer ?

Seconde théorie, seconde méthode

1. – Question de droit interne français : La loi française sur le divorce place-t-elle dans son champ d'application l'action de deux Iraniens à Paris ?
2. – Question de droit international privé français : Cette loi française exige-t-elle d'être appliquée en France aux cas qui entrent dans son champ d'application ?
3. – Question de droit interne iranien : La loi iranienne sur la cessation judiciaire non rétroactive du mariage place-t-elle dans son champ d'application l'action de deux Iraniens à Paris ?
4. – Question de droit international privé iranien : Cette loi exige-t-elle d'être appliquée à l'étranger aux cas qui entrent dans son champ d'application ?
5. – Question de droit international privé français : Si la loi française ne veut pas s'appliquer et que la loi iranienne veut s'appliquer, la solution à laquelle conduirait en l'espèce l'application de la loi iranienne contraste-t-elle excessivement ou non avec les conceptions du droit français ?
6. – Question posée aux droits internationaux privés du monde entier : Si un tel contraste est constaté, une autre loi étrangère souhaite-t-elle être appliquée ?
7. – Question de droit international privé français : en l'absence de toute autre loi étrangère se voulant applicable en l'espèce, la loi française accepte-t-elle d'être appliquée subsidiairement ?

¹² Pour plus de précisions et d'exemples, v. Didier Boden, *op. cit.*, p. 521-522.

13.- Cet exemple permet de montrer qu'une théorie peut être, ou non, de droit positif¹³. La décision rendue par une juridiction qui aurait suivi une théorie au lieu de l'autre encourrait, dans le meilleur des cas, la substitution de motifs et, dans le pire des cas, l'annulation ou la cassation¹⁴.

De façon comparable, mais en changeant de type de discours pour revenir à la description scientifique, on constatera la vérité du texte décrivant le droit positif français dans les termes de la seconde théorie, et la fausseté du texte qui décrirait ce même droit dans les termes de la première.

L'exemple permet aussi de montrer que les théories se distinguent par la *présentation* de leur objet, présentation qui est formée d'un certain nombre de *phrases*, composées de certains *mots*, qui ont une *signification*. Ces phrases sont agencées dans un certain *ordre*. Il suffit donc d'adopter une certaine présentation d'un objet pour rendre incompréhensibles certains autres propos relatifs à cet objet, si de tels propos s'inscrivent dans une autre théorie¹⁵. Il suffit pour montrer, parfois à son insu, que l'on s'inscrit dans une certaine théorie, d'employer certaines phrases ou certains mots¹⁶, ou de les employer dans un certain sens¹⁷. Il suffit même parfois pour le dévoiler de se poser certaines questions dans un certain ordre¹⁸.

Enfin, l'exemple permet de suggérer le lien entre théorie et raisonnement. Quel que soit le type de discours adopté, raisonner consiste toujours à s'inscrire dans une certaine théorie et à prendre son interlocuteur à témoin de la pertinence établie de certaines des phrases de cette théorie pour le convaincre de la pertinence non encore établie des phra-

13 La première a correspondu au droit français jusqu'en 1975, et elle correspond encore, *mutatis mutandis*, au droit international privé français positif des annulations de mariage. La seconde correspond au droit positif français depuis 1975 (v. art. 310 C. civ.).

14 Pour avoir suivi la seconde méthode au lieu de la première, la Cour d'appel de Paris a vu la décision qu'elle avait rendue dans l'affaire *L'Union et le Phénix espagnol* et al. c. *Mlle Beau*, cassée le 6 juin 1990 par la Première Chambre civile de la Cour de cassation (*Rev. crit. DIP* 1991.354-365, n. Pierre Bourel ; rapp. : Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4e éd., Paris : Dalloz, 2001, n° 19). Pour avoir suivi la première méthode au lieu de la seconde, c'est la même cassation qui a été infligée le 28 mai 1991 par la même Chambre civile à l'arrêt rendu par la même Cour d'appel dans l'affaire *Huston* et al. c. *Soc. Turner Entertainment Co.* et al. (Cass. civ. I, 28 mai 1991, *Rev. crit. DIP* 1991.752-756, n. Pierre-Yves Gautier).

15 V. *infra*, notes 28 et 29.

16 « Ordre juridique compétent » pour la première théorie ; « volonté qu'a la loi de s'appliquer », pour la seconde théorie.

17 Dans la première théorie, le « conflit de lois » se dit d'une situation qui a des points de contact avec plusieurs pays, de sorte que l'hésitation est *a priori* permise quant à la loi applicable à cette situation (ce sera celle de « l'ordre juridique compétent ») ; dans la seconde théorie, le « conflit de lois » se dit d'une situation que veulent concurremment régler les lois de plusieurs pays (chacune de ces lois « se veut applicable »).

18 Dans la première théorie, les principales questions de droit international privé (1 à 3) précèdent la question de la détermination du champ d'application de la loi dans l'espace, qui est une question de droit matériel (4). Alors que dans la seconde théorie, les questions de détermination du champ d'application des lois dans l'espace, qui sont des questions de droit matériel (1 et 3), précèdent les questions de droit international privé (respectivement : 2 et 4 à 7).

ses suivantes de cette même théorie¹⁹. Il s'ensuit que l'adoption simultanée de deux théories incompatibles entre elles provoque des problèmes de raisonnement : paradoxes, cercles vicieux, pétitions de principes, contradictions, etc.²⁰.

14.- Il reste deux précisions à apporter avant de lire le diptyque opposant la théorie moniste et la théorie pluraliste jusque dans leurs développements de droit international privé : la raison pour laquelle le monisme a pu exercer — et continue à exercer — une influence dans cette matière, et le nom que prennent respectivement en droit international privé les théories moniste et pluraliste.

La raison de l'influence moniste en cette matière doit être cherchée dans deux mouvements datant de la seconde moitié du XIX^e siècle : l'un, qui prend sa source chez Savigny, et qui cantonne l'emploi du droit international privé au *gemeines Recht* (c'est-à-dire à ce qu'était devenu le *jus commune* au milieu du XIX^e siècle en Allemagne, et que venait compléter un droit civil coutumier commun aux États allemands de droit non codifié) ; l'autre, que l'on pourrait rattacher à Mancini, et qui faisait du droit international privé une partie du droit des gens (et par conséquent un droit universel, unique, de source conventionnelle ou coutumière).

Le droit international privé d'aujourd'hui a complètement abandonné l'hypothèse d'un droit civil commun (ne variant qu'à la façon minimale de la langue allemande, de Vienne à Eupen et de Luxembourg à Berlin), et l'hypothèse d'un droit international privé véritablement international et répartiteur de compétences. Mais, à la façon de ces athées qui ne peuvent s'empêcher de s'exclamer « Dieu merci ! » ou « Dieu nous en garde ! », le langage de cette branche du droit garde les traces de cet héritage doctrinal du XIX^e siècle, matériellement et formellement moniste.

Enfin, il importe de savoir que, pour des raisons qui seront comprises au fur et à mesure de la lecture du diptyque, le monisme en droit international privé a pris le nom de bilatéralisme, et le pluralisme a reçu celui d'unilatéralisme.

B.— *Diptyque théorique*

15.- Le monisme juridique et le pluralisme juridique peuvent être brièvement exposés de la façon suivante :

19 Pour plus de précisions et d'exemples, v. Didier Boden, *op. cit.*, n° 409-410, et les renvois à Christian Atias, *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, 1987, p. 18 et 23, et à Joe Verhoeven, « Droit international public et droit international privé : où est la différence ? », *APD* 1987, vol. 32, p. 23-34, spéc. p. 34.

20 Dans une lettre adressée le 20 septembre 1923 à Arthur Stanley Eddington, Wolfgang Pauli avait fait remarquer que la contradiction entre les phénomènes d'interférence et les « *quanta* de lumière » d'Einstein venait « simplement de ce que nous nous écartons des LOIS de la théorie classique mais que nous continuons toujours à travailler avec les CONCEPTS de cette théorie ». V. Catherine Chevalley, « Introduction », in Niels Bohr, *Physique atomique et connaissance humaine* (1958), trad. fr. Edmond Bauer et Roland Omnès (1961), Paris, Gallimard, 1991, p. 51.

A.- Monisme

- A.1.- Toutes les normes juridiques tiennent leur juridicité d'une norme commune qui est *unique* (chez Hans Kelsen : la *Grundnorm*). Il n'y a qu'*un seul* ordre juridique.
- A.2.- Toute question portant sur la validité d'une norme, sur sa signification ou sur son champ d'application, relève de règles dont on doit montrer qu'elles découlent hiérarchiquement de la *Grundnorm* par une cascade (ou par une chaîne) d'habilitations. Toute interruption dans cette cascade prive de validité toutes les normes subséquentes ; toute destruction d'un maillon de cette chaîne prive de validité tous les maillons suivants. Réciproquement, tout ce que désigne, tout ce qu'habilite une norme valide ce qu'elle désigne (et le valide en tant qu'elle l'habilite) le juridifie, par contamination, comme le roi Midas transformait en or tout ce qu'il touchait.
- A.3.- De ce qui pourrait apparaître comme d'autres ordres juridiques, on dira simplement l'une des deux choses suivantes : soit ils sont réductibles au premier ordre (celui qui a la *Grundnorm* à son sommet) et alors c'est de lui qu'ils tiendront leur juridicité ; soit ils y sont irréductibles, et alors ils ne seront revêtus d'aucune juridicité.
- A.4.- Toute norme juridique qui permet d'accueillir une norme externe revêt *celle-ci de juridicité*. Tout ordre juridique qui accueille les normes émanant d'une entité jusque-là externe *juridifie* celle-ci et se la fait sienne (dans la mesure où il accueille ses normes). On dira aussi qu'il *habilite* cette entité à prendre des normes juridiques. Dans des relations entre États, un moniste pourra dire que l'État d'accueil *naturalise* les normes étrangères. Une fois accueillie, la norme *naturalisée* produit les effets d'une norme interne car elle *est devenue* une norme interne.

B.- Pluralisme

- B.1.- Chaque norme juridique tient sa juridicité de l'ordre juridique dont elle relève. Il y a *plusieurs* ordres juridiques, irréductibles les uns aux autres.
- B.2.- Chaque ordre juridique fixe lui-même les règles de validité de ses normes, leur signification et leur champ d'application. Si toute hiérarchie n'est donc pas exclue (spécialement pour résoudre les questions de validité), l'ordre juridique ne se réduit cependant pas à celle-ci car on trouve en son sein des normes (interprétations à l'honneur, raisonnements autorisés, etc.) dont on chercherait en vain l'habilitation ou le rang, et dont la positivité n'est pourtant pas contestée. Les normes de chaque ordre juridique doivent être considérées comme formant un tout, sans que leur juridicité dépende nécessairement d'une hiérarchie d'habilitations.
- B.3.- Il y a autant de juridicités qu'il y a d'ordres juridiques. Chacun ne tient sa juridicité que de lui-même. À cet égard, il est indifférent que les normes d'un ordre (ou cet ordre tout entier) ne soient pas considérées comme juridiques par tel ou tel autre ordre. Par ailleurs, la décision de donner effet à des normes externes (chez Santi Romano : la décision de les rendre *relevantes*) ne dépend que de l'ordre juridique d'accueil.
- B.4.- Une norme juridique qui permet d'accueillir une norme externe fait simplement produire à la norme accueillie des effets relevant de l'ordre juridique d'accueil. Ces effets sont internes en ce que c'est l'ordre juridique d'accueil qui les accorde. La norme externe reçoit de tels effets en qualité de norme externe : elle n'est pas *naturalisée*. Le nier serait une atteinte à l'intégrité de cette norme. Aucune question de respect de la hiérarchie des normes internes ne peut dès lors se poser, puisque la norme externe *n'est pas* une norme interne, même lorsque l'ordre juridique d'accueil lui attache des effets internes.

A.- Monisme

- A.5.- Le refus d'accueillir une norme externe et sa nullité sont synonymes puisque la nullité est une appropriation destructrice de la norme et de sa prétention à accéder à la juridicité, et que le refus d'accueillir une norme externe empêche qu'elle accède à cette juridicité.
- A.6.- L'ordre juridique unique peut habiliter les sous-ordres à produire des normes qui, d'un sous-ordre à l'autre, seront différentes. Elles n'en demeureront pas moins juridiques. Mais aucun sous-ordre ne pourra contredire certaines normes substantielles émanant du sommet de l'ordre juridique. En cela, l'ordre juridique dans son ensemble a une certaine substance, que l'on retrouve dans chaque sous-ordre.
- A.7.- L'habilitation est nécessairement limitée, sinon les sous-ordres pourraient détruire les normes par lesquelles la juridicité leur a été dévolue. Les normes d'habilitation, qui sont communes (au moins au sommet) sont donc hiérarchiquement supérieures aux normes auxquelles elles transmettent la juridicité. En cela, la diversité est ordonnée.
- A.8.- Il n'y a qu'un seul ensemble de normes d'habilitation transmettant la juridicité aux normes habilitées, répartissant les compétences, et commandant à chaque sous-ordre d'appliquer les normes des autres sous-ordres dès lors que celles-ci sont bien habilitées.
- A.9.- Le langage des normes d'habilitation, et les grandes catégories que celui-ci délimite, sont communs à tous les sous-ordres habilités, et donc uniformes. Cela n'empêche pas que ces grandes catégories soient subdivisées de façon différente d'un sous-ordre à l'autre (rappr. A.6).
- A.10.- Tout refus de la part d'un sous-ordre reviendrait à nier la juridicité des normes de l'autre, c'est-à-dire à nier son habilitation, c'est-à-dire à violer la hiérarchie des normes d'où il tient lui-même son habilitation.

B.- Pluralisme

- B.5.- Le refus d'accueillir une norme externe ne revient pas à la priver de sa juridicité puisqu'elle tenait celle-ci de son ordre juridique d'origine. On peut dire qu'une privation d'effet est une privation de *relevance*, mais on ne peut pas dire que c'est une annulation.
- B.6.- Chaque ordre juridique produit ses propres normes. Il est possible qu'elles diffèrent d'un ordre à l'autre. Cette circonstance est sans conséquence sur leur juridicité.
- B.7.- Puisque le refus d'accueillir une norme externe est impuissant à priver celle-ci de sa juridicité originelle, la norme commandant l'accueil (ou son refus) ne peut pas être présentée comme étant hiérarchiquement supérieure à la norme accueillie. La diversité des normes, d'un ordre juridique à l'autre, n'est soumise à aucune règle supérieure commune.
- B.8.- Chaque ordre juridique décide lui-même des conditions auxquelles, et des cas dans lesquels, il est disposé à donner effet aux normes des autres ordres juridiques. Dans ce choix, il n'est soumis à aucune règle qui lui serait extérieure.
- B.9.- Le langage des normes imposant qu'on donne effet aux normes internes (et celui des normes ordonnant sous condition qu'on donne effet aux normes externes) n'est pas commun aux divers ordres juridiques et il n'a aucune raison d'être uniforme.
- B.10.- Un premier ordre juridique, en refusant de donner effet à la norme d'un second ordre juridique, ne viole aucune norme supérieure qui serait commune aux deux ordres. Par ce refus, il ne renie nullement ses propres fondements.

A.- Monisme

A.11.- Toutefois, dans le cas où un premier sous-ordre a, en vertu d'une habilitation, édicté une norme applicable à une espèce également visée par la norme d'un second sous-ordre, il y aura antinomie de normes, à résoudre selon une règle de prédominance.

A.12.- Ces antinomies sont des *anomalies* puisque les règles d'habilitation sont répartitrices de compétences. Ces antinomies ne s'expliquent donc que par une *imperfection* de la répartition, qui a donné à deux sous-ordres des compétences qui se juxtaposent.

Il n'y a que deux façons de résoudre le problème : 1°- Considérer que l'habilitation répartitrice inclut une règle de prédominance qui permet à chaque sous-ordre, en cas d'antinomie, de donner à ses propres normes un rang supérieur à celles des autres sous-ordres (cette présentation peut se réclamer de l'idée que la norme accueillie est *naturalisée* par le sous-ordre d'accueil, et qu'en qualité de norme *désormais interne*, elle relève des règles de prédominance, par définition internes) ; 2°- Améliorer l'unique corps de règles d'habilitation de façon à faire disparaître l'empiètement des compétences.

Dans les deux cas, c'est une règle de prédominance (la prédominance de l'unique corps de règles d'habilitation ou la prédominance des normes de chaque sous-ordre envers celles des autres ordres) entre normes de l'ordre juridique unique qui résout le problème.

A.13.- En dehors de cette hypothèse de l'antinomie de deux normes également habilitées mais émanant de deux sous-ordres différents (et de sa solution : la prédominance), tout refus d'appliquer la norme d'un autre sous-ordre violerait la hiérarchie des normes. En effet, on ne peut pas simultanément soutenir que la norme d'un autre sous-ordre dûment habilitée est du droit applicable, d'une part, et, d'autre part, qu'il ne faut pas l'appliquer. Toute invocation par un sous-ordre de l'une de

B.- Pluralisme

B.11.- Lorsque la norme d'un ordre juridique inclut une situation dans son champ d'application (règle de délimitation), elle doit lui être appliquée (règle — ou, pour mieux dire : *aspect* — d'applicabilité). Dans ce cas, l'application d'une norme externe est exclue.

B.12.- Les cas dans lesquels un ordre juridique refuse d'envisager l'application d'une norme externe se voulant applicable sont potentiellement nombreux puisque chaque ordre juridique décide lui-même du champ d'application de ses normes (et, par conséquent, de leur applicabilité : v. *supra*, B.11), et qu'il décide lui-même, corrélativement, de l'ampleur de son refus de donner effet aux normes extérieures (même si tout refus de donner effet aux normes extérieures n'est pas motivé par une volonté d'appliquer les dispositions de la *lex fori* : v. *infra*, B.13 à B.15).

B.13.- Autre est l'hypothèse de l'ordre d'accueil qui n'a prévu d'appliquer aucune de ses normes, et qui est disposé à accueillir la norme d'un autre ordre juridique, mais celle-ci contrastant excessivement avec les normes (par hypothèse non applicables) de l'ordre juridique d'accueil. L'excès de ce contraste sera le motif d'un refus, de la part de l'ordre juridique d'accueil, de donner effet à la norme externe. Ce refus n'est le fruit d'aucune contradiction : la condition d'harmonie interne

A.- Monisme

ses normes *non applicables* afin de faire obstacle à l'application de la norme d'un autre sous-ordre serait une contradiction dans les termes : on ne peut en effet invoquer une norme que pour l'appliquer.

A.14.- Les *principes généraux du droit* » ne sont que des règles, aussi générales et abstraites que les lois, et qui sont édictées par les juges, ou parfois par le législateur lui-même (on peut joindre au législateur le constituant ou les Hautes Parties Contractantes). Ces règles ont nécessairement un rang hiérarchique : celui de la norme qui pourra les abroger, et qui est nécessairement supérieur à celui des normes que ces principes peuvent invalider. Lorsque l'on prétend « *dégager un principe de normes écrites* » (c'est-à-dire lorsque les juges, dans leur activité jurisprudentielle, c'est-à-dire quasi législative, élaborent une règle en cherchant à s'inspirer de ce que le législateur aurait décidé à leur place et qu'ils croient pouvoir trouver la substance de sa volonté potentielle dans les occurrences de sa volonté passée), ce principe aura le même rang que ces normes écrites. En définitive, si l'on admet que la jurisprudence est une source de *règles de droit*, la catégorie des « *principes généraux du droit* » est superfétatoire.

A.15.- Pareillement, ce qu'on appelle « *ordre public* » ne peut être que la locution épithète du substantif *règle*. En effet, on ne l'emploie que pour désigner des *règles impératives* ou pour parler d'un fait juridique (l'« *ordre dans la rue* », etc.). On ferait donc mieux de bannir cette expression du langage juridique et de ne plus parler que de *règles* et d'*impérativité*. Lorsqu'on dit que « *l'ordre public de l'ordre juridique d'accueil serait heurté si l'effet requis était donné à la norme externe* », cela signifie en réalité qu'une règle d'ordre public du sous-ordre considéré s'applique, et, dès lors, qu'aucune règle externe au sous-ordre ne peut être

B.- Pluralisme

(c'est-à-dire l'exigence que le contraste entre la norme extérieure candidate à l'accueil et les normes internes non applicables ne soit pas excessif) requiert *par définition* que l'on compare celle-là à celles-ci.

B.14.- Cette comparaison n'est pas la confrontation de la norme externe et de la norme qui, dans l'ordre d'accueil, y correspondrait (à supposer qu'il en existe une). Il s'agit plutôt de confronter l'effet qu'il est question d'accorder à la norme externe aux principes généraux qui se dégagent des normes non applicables de l'ordre d'accueil et dont on dira qu'ils ont inspiré celles-ci. On n'exigera pas de l'effet requis qu'il puisse lui aussi se réclamer de cette inspiration, mais on exigera simplement que le contraste entre cet effet et cette inspiration ne soit pas excessif. Ce qu'on appelle « *principes généraux du droit* » est une technique, irréductible à toute autre, permettant (notamment) d'invoquer des normes non applicables pour guider le choix de donner ou de refuser de donner effet à une norme externe. Cette technique n'a pas de rang hiérarchique. Que les normes écrites mais non applicables qui lui servent de point de départ aient, elles, un rang hiérarchique est sans pertinence puisqu'il s'agit, par hypothèse, de normes *non applicables*, et que la question du rang hiérarchique ne se pose qu'en cas de contradiction entre deux normes relevant d'un même ordre juridique et étant simultanément *applicables*.

B.15.- Lorsqu'on dit que « *l'ordre public de l'ordre juridique d'accueil serait heurté si l'effet requis était donné à la norme externe* », cela signifie simplement que le refus de donner effet à la norme externe est décidé au motif que cet effet contrasterait dans une trop grande mesure avec les principes généraux de l'ordre juridique d'accueil, principes dégagés de *normes non applicables* auxquelles on ne peut (par un changement d'avis les déclarant applicables) réduire ni la technique des principes généraux du droit, ni la technique de l'ordre public (cette technique-ci n'étant qu'une des espèces du genre que constitue cette technique-là).

A.- Monisme

appliquée. En droit international privé, on parle d'ordre public *international* pour bien indiquer de quelle règle de prédominance il s'agit : *l'impérativité internationale* (c'est-à-dire, plus précisément : la prédominance de la règle de droit international privé désignant la *lex fori* sur la règle de droit international privé qui aurait autrement désigné une loi étrangère).

- A.16.- Si tous les sous-ordres ont vocation à recevoir la même habilitation, on peut s'attendre à voir dans l'application par chaque sous-ordre des normes des autres sous-ordres un degré élevé de *réciprocité*. Ce degré dépendra de la *perfection* de la règle de répartition des compétences et de l'usage plus ou moins grand qu'auront fait les sous-ordres du pouvoir de production de normes (et donc, *en cas d'imperfection de la règle de répartition* des compétences, du pouvoir de production d'antinomies, seules causes de refus d'appliquer une norme d'un autre sous-ordre) dont ils étaient habilités.
- A.17.- Il en va ainsi en raison d'une double complétude. La première est la complétude matérielle de chaque sous-ordre (chaque sous-ordre a réponse à tout). Cette complétude provoquerait un conflit universel de lois pour toute question (tout sous-ordre a réponse à toute question), si les règles répartitrices de compétences et les règles de prédominance (deux faces d'une même notion : l'habilitation), ne le prévenaient pas en ne rendant compétent qu'un seul le sous-ordre. C'est là l'objet de la seconde complétude : celle qui est répartitrice des compétences (il y a toujours un sous-ordre compétent). La première complétude concerne l'universalité des normes conçues dans leur abstraction rationnelle ; la seconde concerne l'harmonie des normes conçues dans leur impérativité (*i. e.* dans leur dépendance de l'*imperium* d'un État souverain).
- A.18.- Chaque sous-ordre est matériellement complet car, en ce qui concerne les règles, qui sont toutes de type « A entraîne B », l'absence, dans la législation du sous-

B.- Pluralisme

- B.16.- Puisque chaque ordre juridique fixe lui-même ses règles d'accueil, il n'y a aucune raison de s'attendre à une *réciprocité* dans les effets que les ordres juridiques acceptent ou refusent d'accorder aux normes qui leur sont extérieures. Sans doute deux ordres juridiques aux conceptions très différentes seront-ils fréquemment amenés à s'opposer mutuellement un grand nombre de refus, mais il ne faut pas y voir de la *réciprocité* : il est possible que la norme de l'un contraste avec les normes non applicables de l'autre sans que la *réciprocité* soit vraie.
- B.17.- Aucun ordre juridique n'est matériellement complet, et la somme des ordres juridiques ne l'est pas davantage. Il n'y a ni complétude matérielle ni complétude répartitrice de compétences. De deux choses l'une : soit l'ordre juridique considéré édicte une norme relativement à une certaine situation ou à une certaine catégorie de situations ; soit il ne prévoit rien lui-même et il est disposé à accueillir la norme d'un autre ordre juridique. Dans le second cas de figure, il faut encore distinguer selon qu'une norme externe remplit toutes les conditions nécessaires à son accueil (*v. infra*), ou qu'aucune ne les remplit — alors, ce sera le signe que l'ordre juridique saisi de cette situation y est indifférent (ou, pour le dire autrement, mais cette expression ne rend compte que de certaines situations : que cette situation ne relève d'aucune norme juridique).
- B.18.- Sauf à méconnaître l'intégrité des normes, il n'y a aucune raison pour le juge saisi d'un litige d'appliquer une loi qui ne veut pas s'appliquer, ou (mais ce n'est

A.- Monisme

ordre désigné, d'une disposition prévoyant explicitement que « A entraîne B » doit être assimilée à la présence d'une règle prévoyant explicitement que « A n'entraîne pas B ». Ce n'est pas s'écarter de la législation étrangère qu'on prétend appliquer que d'en dégager des règles qui n'y figurent pas expressément et que la jurisprudence étrangère n'y a pas trouvées. Ce n'est qu'une *nécessité logique*, consubstantielle à la complétude.

A.19.- En définitive, les hypothèses de refus sont une question de règles également applicables, d'égale précision et de contenu contradictoire, dont l'antinomie est résolue en application d'une règle de prédominance.

A.20.- Kelsen propose deux versions du monisme. Dans la première version (qualifions-la d'*universaliste*), la *Grundnorm* est internationale et c'est elle qui habilite les ordres étatiques. La juridicité des normes étatiques découle donc de cette habilitation par le droit international public. Un État ne peut pas nier la juridicité du droit d'un autre État sans nier la sienne propre.

Dans la seconde version, la *Grundnorm* est étatique (par exemple : autrichienne) et tout ce que l'on appelle droit n'est du droit qu'en raison d'une habilitation autrichienne (dans notre exemple) : le droit international public n'est du droit qu'en raison d'une règle de droit constitutionnel autrichien qui le juridifie ; les droits étatiques étrangers ne sont du droit qu'en raison de leur désignation par le droit international privé autrichien, etc. Kelsen compare cette seconde version du monisme au *solipsisme*.

Le monisme universaliste et le monisme solipsiste sont plus souvent nommés (dans la littérature de droit constitutionnel relative aux relations entre droit international et droit étatique) : monisme avec primauté du droit international et monisme avec primauté du droit étatique. Il faut les rapprocher respectivement, dans la littérature de droit international privé, du bilatéralisme universaliste et du bilatéralisme particulariste.

B.- Pluralisme

qu'une variante de ce qui vient d'être dit) de prétendre appliquer une règle inventée de toutes pièces et dont on chercherait en vain l'expression dans la loi prétendument appliquée ou dans la jurisprudence étrangère qui en est issue. Seuls les organes de l'ordre juridique étranger considéré sont habilités à combler les lacunes de leur législation. S'ils ne l'ont pas fait, il faut constater la lacune ; s'ils l'ont fait, il faut prendre acte de la norme qu'ils ont élaborée.

B.19.- En définitive, les hypothèses de refus formeront une casuistique variant selon l'effet requis (en le remplaçant dans son contexte spécifique) et selon les principes généraux se dégageant des normes non applicables de l'ordre juridique d'accueil.

B.20.- Il n'y a pas de *Grundnorm* dans la théorie pluraliste ; de même qu'il n'y a pas de centre cosmique autour duquel graviteraient toutes les galaxies. Nous ne devons donc pas nous demander si les États tournent autour du droit international public, ou si c'est le droit international public et tous les États sauf l'Autriche qui gravitent autour de celle-ci ; pas plus que nous ne devons nous demander si la Nébuleuse d'Orion tourne autour de la Voie lactée, si c'est au contraire celle-ci qui gravite autour de celle-là, ou si elles tournent l'une et l'autre autour d'un même centre.

A.- Monisme

- A.21.- En droit international privé, la règle de désignation de la loi applicable confère sa juridicité à la loi applicable. Le corps de règles de désignation — qu'il procède de l'*universalisme* (le droit international privé étant alors présenté comme une partie du droit international public) ou du *solipsisme* (le droit international privé étant alors présenté comme une partie du droit étatique) — est unique. Le droit international privé est entièrement et exclusivement constitué de règles de désignation bilatérales (*bilatérales* en ce sens qu'elles désignent tantôt le sous-ordre de référence, tantôt un autre sous-ordre).
- A.22.- La règle de désignation est substantiellement indifférente en ce que, parmi les sous-ordres, celui qui sera habilité par elle ne le sera pas en raison de sa substance. Mais elle n'est pas du tout substantiellement indifférente en ce que tous les sous-ordres partagent une même substance (A.6), qui ne fait que légèrement varier, en ses modalités, d'un sous-ordre à l'autre. C'est en vertu de ce présupposé substantiel que la règle de désignation peut fonctionner d'une façon qui, le présupposé étant acquis, sera désormais substantiellement indifférente.
- A.23.- Le langage de cet unique droit international privé est unique. Ses catégories sont sans concurrentes. C'est le droit substantiel de référence, c'est-à-dire celui qui est, de façon diffuse, commun à tous les sous-ordres en présence (A.6), qui indique ce que sont les rapports de droit (« *mariage* », « *propriété* », « *bail* », etc.).
- A.24.- Si la répartition des lois qu'opère ce corps de règles est parfaite, il n'y a pas de conflit de lois. Alors, le droit est non seulement complet (A.17) mais aussi univoque : à chaque question de droit ne s'applique qu'une seule règle de droit : celle qui est désignée par la règle de désignation. Dans une théorie bien ordonnée, un conflit de lois est une impossibilité conceptuelle.

B.- Pluralisme

- B.21.- Chaque État a son propre droit international privé, qui est formé des règles de réception des normes étrangères, et de la règle rendant les normes internes applicables aux situations qui entrent dans leur champ d'application (cette dernière règle est indissociable desdites normes internes : elle n'en est qu'un caractère ; ce n'est que par une pure opération de l'esprit que nous distinguons celle-ci de celles-là, comme on distinguerait une pièce, son métal, sa masse, son côté pile et son côté face). Ce droit international privé ne confère pas aux normes étrangères leur juridicité, puisqu'elles tiennent celle-ci de leur ordre juridique d'origine.
- B.22.- Le droit international privé d'un État, pour exister et être mis en œuvre, n'a pas à partir de l'idée que tous les ordres juridiques du monde ont une substance commune. En ce sens, il est substantiellement indifférent. Mais il ne peut maintenir l'harmonie interne de son ordre (B.13) qu'en soumettant à des conditions qui peuvent être substantielles l'octroi d'effets à des normes d'origine externe. C'est parce qu'il est *a priori* ouvert aux normes du monde entier et tenu de maintenir l'harmonie interne de son ordre que le processus en lequel il consiste (B.29) doit être — partiellement — substantiel.
- B.23.- Chaque droit international privé étatique a son propre langage et ses propres catégories. Il n'y a pas de rapport de droit en dehors de lois précises : on ne peut parler de « *mariage* », de « *propriété* », ou de « *bail* », qu'au sens d'une certaine loi. Les lois variant d'un État à l'autre, il n'y a pas de taxinomie commune des « *rapports de droit* ».
- B.24.- Tous les États n'étant pas disposés à *accueillir* en leur sein le même genre de normes étrangères ni à *imposer* aux autres ordres juridiques le même genre de normes internes, des conflits apparaissent, qu'on qualifie habituellement — hélas — de *positifs* (lorsque plusieurs États veulent imposer leur norme) ou de *négatifs* (lorsqu'aucun État ne veut imposer sa norme).

A.- Monisme

- A.25.- Les règles de désignation opèrent une délimitation des champs d'application respectifs des lois du monde : *en habilitant, la règle de désignation délimite*. Dans la version du monisme qui procède du solipsisme, le champ d'application des lois étrangères est ainsi délimité par la projection sur l'univers entier des règles délimitant le champ d'application de la *lex fori*. (Cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas de différence entre règles de droit international privé et règles de délimitation ; simplement, les règles de délimitation du for serviront naturellement de modèles aux règles de son droit international privé).
- A.26.- Il n'y a pas de « *volonté qu'ont les normes de recevoir effet* » : les lois sont des règles substantielles (purs modèles d'une validité potentiellement universelle) qui sont ou ne sont pas désignées par un corps unique de règles de désignation (la règle substantielle reçoit son impérativité de la règle de désignation qui la désigne).
- A.27.- Les règles de désignation — qui, en désignant, habilitent (A.2), et qui, en habilitant, n'habilitent que dans certaines limites (A.7, A.25) — sont des règles de délimitation primaire des champs d'application respectifs des lois du monde. Elles sont distinctes de ces lois. Les premières sont uniques ; les secondes sont diverses. Cela n'exclut pas que les lois substantielles désignées se subdivisent et prévoient des régimes distincts selon les personnes, les régions, etc. : on pourrait appeler ces règles de délimitation, internes aux lois substantielles : des règles de délimitation secondaire du champ d'application (A.33).
- A.28.- En droit international privé, les problèmes relevant de ce qu'on appelle l'« *ordre public* » ne sont que des cas d'application des dispositions de la loi du for désignées par une règle de conflit. Pour régler ces problèmes, il n'est pas nécessaire d'atten-

B.- Pluralisme

- B.25.- Les États étrangers délimitent eux-mêmes le champ d'application de leurs normes (règles de délimitation), et imposent eux-mêmes l'obligation d'appliquer ces normes aux situations qui entrent dans le champ d'application de celles-ci (cette obligation est exprimée dans des règles de droit international privé, qui, lorsqu'elles sont étrangères, n'obligent pas à elles seules le for à leur donner suite). C'est là ce qu'on appelle par souci de brièveté la « *volonté qu'ont les normes de recevoir effet* ».
- B.26.- Il n'y a aucune raison d'appliquer une norme qui ne le veut pas, lorsqu'une autre norme, tolérable, elle, le veut. En revanche, il est parfaitement concevable qu'il y ait des degrés dans cette volonté, et, par exemple, qu'un État ne soit disposé à faire appliquer sa norme qu'en cas d'absence de volonté des autres États de faire appliquer la leur. (Si plusieurs États sont dans une telle disposition d'esprit, on peut alors passer d'un conflit négatif à titre principal à un conflit positif à titre subsidiaire).
- B.27.- Les règles de délimitation du champ d'application des dispositions substantielles d'un ordre juridique sont indissociables de celles-ci (sauf à porter atteinte à leur intégrité) ; elles forment un ensemble, qui relève d'un seul ordre juridique. En revanche, il ne suffit pas qu'une situation de fait soit visée par un tel ensemble pour que les autres ordres juridiques soient tenus d'y donner effet puisque chaque ordre juridique fixe lui-même les conditions auxquelles il donne effet aux normes qui lui sont extérieures (B.8).
- B.28.- Le respect de l'« *ordre public* » de droit international privé est l'une des conditions auxquelles un État décide de donner effet à la norme d'un autre État. Le respect de cette condition consiste à ne pas franchir la limite au-delà de laquelle

A.- Monisme

dre que survienne un litige (ou de l'imaginer) : on peut les régler d'une façon aprioriste, générale et abstraite, puisqu'il suffit de constater que la règle de désignation (règle générale, abstraite, et déjà connue) désigne une loi de l'ordre juridique du for (loi qui, elle aussi, est générale, abstraite, et déjà connue).

A.29.- Le droit international privé est formé d'un ensemble de règles de désignation dont chacune peut être formulée de la façon suivante : « *Le rapport juridique est soumis à la loi de l'État sur le territoire duquel le rapport a son siège (Sitz)* ». Toute question de droit international privé se ramène donc à ce raisonnement en trois étapes :

- 1°- *Le rapport de droit* doit être qualifié selon le langage juridique unique (commun dans la version universaliste ; propre à l'ordre juridique du for dans la version solipsiste) ;
- 2°- *Le critère de désignation* que constitue le siège du rapport désigne la loi à laquelle le rapport est soumis ;
- 3°- *La loi à laquelle le rapport est soumis* doit être appliquée puisque le rapport de droit *y est soumis*.

On notera que les trois questions du raisonnement pluraliste (v. ci-contre) reçoivent, dans la théorie moniste, une réponse commune et synchrone :

- 1°- (Éligibilité). Une seule loi est éligible : celle de l'État sur le territoire duquel le rapport a son siège. Cette loi est applicable, qu'elle le veuille ou non.
- 2°- (Élection). Il n'y a qu'une seule candidate : la loi de l'État sur le territoire duquel le rapport a son siège. Il n'y a pas de conflit de lois, dans le raisonnement moniste.
- 3°- (Observance). C'est la règle de désignation qui impose d'appliquer au rapport juridique la loi à laquelle il

B.- Pluralisme

le contraste entre l'effet que l'on envisage de donner en l'espèce à une norme étrangère et les principes généraux de l'ordre juridique d'accueil est trop grand. Cela ne peut se déterminer qu'au cas par cas, puisque la contemplation de l'effet requis (très spécifique et dépendant de circonstances très concrètes) et celle de la norme étrangère considérée (par hypothèse inconnue jusqu'à ce qu'on la produise) sont préalables à la décision d'accorder ou de refuser cet effet à cette norme.

B.29.- Le droit international privé d'un État est formé des règles de réception des normes étrangères, d'une part, et, d'autre part, de la règle qui impose l'application des normes internes aux situations qui entrent dans le champ d'application de celles-ci (en vérité, cette règle n'est qu'un aspect de ces normes : elle fait corps avec elles). Le droit international privé se met en œuvre en suivant un raisonnement en trois étapes :

- 1°- *L'éligibilité des normes dépend de leur validité et de leur autodésignation*. Il n'est envisageable de donner effet à une norme étrangère que si elle est originellement valide et si elle requiert qu'on lui donne effet.
- 2°- *L'élection d'une norme dépend de deux critères : le lexforisme et l'effectivité*. Si plusieurs normes sont originellement valides, qu'elles requièrent simultanément qu'on leur donne effet, et que ces effets sont incompatibles, il faut distinguer selon que l'une d'elles relève de l'ordre juridique d'accueil, ou qu'elles sont toutes étrangères. Dans le premier cas, c'est la norme de l'ordre juridique d'accueil qui l'emporte (lexforisme). Dans le second cas, seule sera retenue la norme la plus effective, c'est-à-dire celle qui relève de l'ordre juridique étranger au sein duquel la norme de l'ordre juridique d'accueil qu'il s'agit d'élaborer a le plus de chances de devoir, à son tour, requérir qu'on lui donne effet.

A.- Monisme

est soumis. Ne pas appliquer cette loi, c'est désobéir à la règle de désignation.

- A.30.- Lorsque le droit international privé soumet un rapport de droit (par exemple et par excellence : un contrat) à la loi choisie par les parties, *le choix de la loi applicable est donc*, en tant que siège du rapport de droit, *le critère de désignation* prévu par la règle de désignation. Ce critère de désignation, pour être efficace, doit lui-même être validé par une loi. Cette loi ne peut pas être la loi choisie puisque la loi choisie n'a de titre à s'appliquer que si le choix est valide. En cas d'annulation du contrat par la loi choisie, puisque l'on ne peut pas prétendre sans contradiction que les parties ont entendu choisir une loi qui invalidait leur contrat, le critère de désignation qu'est le choix des parties doit être abandonné, au profit d'un critère objectif subsidiaire. Le plus orthodoxe cependant serait de considérer que la volonté des parties n'est qu'un fait juridique, au même titre que la survenance d'un délit civil (qui n'est ni nul ni valide), que ce fait localise le contrat (comme le lieu du délit localise le délit), et qu'il n'est soumis, en tant que critère de désignation, à aucune loi.
- A.31.- De même qu'un rapport de droit ressortit à l'État sur le territoire duquel il a son siège (*Sitz*), de même une personne ressortit-elle à l'État sur le territoire duquel elle a son domicile (*Wohnsitz*).
- A.32.- On peut concevoir plusieurs versions monistes du droit international privé. Par exemple, le critère de désignation, fixé une fois pour toutes et de façon générale et abstraite, peut être unique par grande caté-

B.- Pluralisme

3°- *Le devoir d'accorder l'effet (observance) dépend du respect de l'ordre public.* L'ordre juridique d'accueil s'impose de refuser ou de donner effet à la norme étrangère élue selon que cet effet, s'il était donné, créerait ou non un contraste excessif avec les principes généraux qui se dégagent de ses propres normes, par hypothèse non applicables. Ce faisant, c'est la force propre de la norme étrangère que l'ordre juridique d'accueil accepte de relayer ; c'est à cette force qu'il décide, le cas échéant, de prêter main-forte, justement.

- B.30.- Un contrat est un accord de deux volontés en vue de produire des effets de droit. Contracter signifie donc rechercher les effets d'un certain droit. Contracter, c'est vouloir élaborer une norme appartenant à un certain ordre juridique. C'est à cet ordre juridique-là de décider si la norme qu'on a voulu faire naître en son sein y est née ou non. C'est donc à la loi « choisie » de dire si le « choix de la loi » est valide ou non. On n'a pas à soumettre à un droit différent de celui de l'ordre juridique au sein duquel les parties ont entendu faire naître leur contrat la question de savoir si elles pouvaient ou non l'y faire naître. Annuler un contrat en vertu de la loi « choisie » est aussi peu contradictoire que de l'annuler en vertu d'une loi prétendument non « choisie » : dans les deux cas, le juge constate l'échec de la tentative d'élaborer une norme au sein d'un certain ordre juridique.
- B.31.- La qualité de ressortissant d'un État dépend de la loi de l'État dont la qualité de ressortissant est en question, chaque État choisissant lui-même ses ressortissants selon ses propres critères.
- B.32.- On peut concevoir plusieurs versions pluralistes du droit international privé. Par exemple, le lexforisme en tant que critère d'élection pourrait être supprimé, au profit d'une mise en œuvre exclusive

A.- Monisme

gorie juridique de questions (validité du mariage, efficacité d'un fait extracontractuel, etc.) et varier (nationalité, lieu de survenance, etc.) d'une catégorie à l'autre, ou ne pas varier d'une grande catégorie juridique de questions à l'autre, mais avoir une consistance unique (dans chaque cas la loi « la plus proche », ou « la plus appropriée », ou « la plus juste ») qui se concrétise différemment d'une espèce à l'autre.

L'important est de ne jamais accorder d'importance à la volonté qu'ont les lois étrangères de s'appliquer. La règle de désignation désigne des lois : cela est nécessaire et cela suffit à les rendre applicables.

A.33.- La distinction entre règles de délimitation primaire du champ d'application des normes (c'est-à-dire règles de droit international privé, c'est-à-dire règles de désignation du sous-ordre compétent), d'une part, et, d'autre part, règles de délimitation secondaire du champ d'application des normes (c'est-à-dire règles délimitant le champ d'application d'une norme *ratione materiae, personae, loci, temporis*, etc.), apparaît nettement lorsque le sous-ordre rendu compétent par le corps primaire de règles de désignation comprend plusieurs normes, dont les champs d'application respectifs sont délimités par un corps secondaire de règles répartitrices.

A.34.- Un jugement étranger ne peut être reconnu en Autriche (pour prendre un exemple purement imaginaire) que s'il émane d'une juridiction étrangère compétente selon le droit autrichien (par projection sur l'univers des règles de compétence juridictionnelles autrichiennes, c'est-à-dire par habilitation autrichienne), et qu'il a appliqué la loi que le juge autrichien aurait appliquée, seule cette loi étant habilitée à s'appliquer (parce qu'il n'y a qu'un seul droit international privé :

B.- Pluralisme

du critère de l'effectivité. L'important est de ne pas rendre applicables des normes qui ne le veulent pas, lorsqu'une au moins veut s'appliquer et qu'elle est tolérable. De même, dans les régimes politiques contemporains, nul ne songerait à confier le pouvoir à une personne qui n'en voudrait pas, lorsque quelqu'un d'autre de tolérable le voudrait. Cela n'exclut pas qu'en cas de conflit des volontés d'exercer le pouvoir et à égalité de titre des candidats à l'exercer (égalité de voix obtenues, par exemple), l'on s'en remette à un critère de choix — de CHOIX entre candidats, et non de DÉSIGNATION d'un non-candidat —, plus ou moins arbitraire mais prévu à l'avance (candidat le plus âgé, tirage au sort, etc.). Cela n'exclut pas non plus qu'en cas de besoin jugé impérieux l'on remédie à une absence de candidature par un expédient prévu à l'avance.

B.33.- La distinction entre règles délimitant le champ d'application d'une norme (*ratione materiae, personae, loci, temporis*, etc.) et règles de droit international privé (règle d'éligibilité, règle d'élection, règle soumettant le devoir d'observance au respect de l'harmonie interne) apparaît nettement lorsqu'une norme qui — dès lors qu'une situation entre dans son champ d'application — se veut applicable (critère d'éligibilité) est écartée soit par le jeu du lexforisme ou de la plus grande effectivité (critères d'élection) soit par le jeu de la clause d'ordre public (critère dont dépend le devoir d'observance de la norme élue).

B.34.- Un jugement étranger recevra effet dans l'ordre juridique du for s'il est exécutoire dans son ordre juridique d'origine (éligibilité), s'il n'est pas incompatible avec un autre jugement déjà exécutoire dans l'ordre juridique d'accueil (élection), et s'il ne heurte pas l'ordre public de celui-ci (condition dont dépend le devoir d'accorder l'effet). La décision de donner effet au jugement étranger ne dépend, en soi, ni de la conformité des règles de compétence de l'ordre juridique d'origine à celles de l'or-

A.- Monisme

celui qui est mis en œuvre par les juges autrichiens). Le juge autrichien (pour garder le même exemple, purement imaginaire) saisi d'une demande d'*exequatur* doit donc se livrer à un contrôle de la compétence indirecte, à un contrôle de la loi appliquée, et à une révision au fond (car si le juge étranger a violé, par une mauvaise application, la loi rendue applicable par la règle de désignation, il a rendu un jugement nul et de nul effet — A.10 *a contrario*, et A.5).

A.35.- S'il en va ainsi, c'est parce que le constat de l'applicabilité d'une loi commande son application et la déclaration d'inexistence juridique de toute autre norme qui empiéterait sur le champ d'application de cette loi, ou qui serait prise en application d'une norme perpétrant un tel empiètement. Il n'y a pas d'« effet à accorder à une norme » en dehors de l'application de cette norme, car tout effet doit être accordé à la condition exclusive qu'il soit commandé par la règle rendue applicable par un corps unique de règles de désignation. D'où il suit, d'ailleurs, que toute norme valablement appliquée n'a pu l'être valablement qu'en vertu d'une règle de désignation.

Cela n'interdit cependant pas que deux règles également applicables soient *cumulativement appliquées* (ce sont précisément les cas de ce genre qui, en cas d'incompatibilité, créent des conflits de normes, résolus par les *règles de prédominance*), ni que l'interprétation d'une norme soit influencée par d'autres normes (on pense bien sûr à l'*interprétation conforme*, qui se définit par rapport aux règles de prédominance — celle-là neutralisant celles-ci —, et qui est donc typiquement moniste), ou que les normes s'enchaînent d'une façon telle que le respect de l'une soit une condition de l'application de l'autre.

L'important est de ramener tout le droit international privé à l'idée d'*application de la norme habilitée* (l'octroi de l'*exequatur* doit, dans la théorie moniste, dépendre de la *loi appliquée au fond* par le juge étranger et de la compétence indi-

B.- Pluralisme

dre juridique d'accueil (absence de contrôle de la compétence indirecte), ni de la conformité des règles de désignation de la loi applicable de l'ordre juridique d'origine à celles de l'ordre juridique d'accueil (admission de la pluralité des droits internationaux privés), ni de la loi appliquée par le juge d'origine (absence de contrôle de la loi appliquée), ni de la façon dont il l'a appliquée (absence de révision au fond).

B.35.- On peut accorder à une norme divers effets. On *l'applique* lorsqu'on lui fait produire les effets qu'elle commande aux conditions qu'elle prévoit ; on *la prend en considération* à l'occasion de l'application d'une autre norme lorsqu'on fait produire aux conditions de la norme prise en considération les effets que commande la norme appliquée (v. *infra*). Il y a encore d'autres effets, qui ne sont ni des applications ni des prises en considération (*exequatur* de jugements étrangers, exécution de requêtes au titre de la coopération internationale entre administrations, invocation d'une norme non applicable à l'occasion du déclenchement de l'exception d'ordre public, etc.).

Toute disposition d'un ordre juridique à accorder un effet amical (et l'on vient d'établir une liste incomplète des effets envisageables) aux normes d'un autre ordre juridique trouve sa limite dans l'exception d'ordre public, c'est-à-dire dans le contraste excessif entre cet effet amical et les principes généraux dégagés des normes non applicables de l'ordre juridique d'accueil (ou, en moins de mots : le contraste excessif entre cet effet et les effets environnants).

L'idée de disposition d'un ordre juridique à donner effet aux normes d'un autre, et celle d'exception d'ordre public en tant que limite de cette disposition, sont deux des éléments principaux de la théorie pluraliste.

On peut distinguer trois types de prises en considération selon qu'elles consistent à faire produire aux conditions de la norme étrangère une conséquence

A.- Monisme

recte, c'est-à-dire de la *loi de compétence appliquée* par le juge étranger ; la prétendue exception d'ordre public international est une *application* de la *lex fori*, etc.), car c'est la seule façon de le ramener à l'idée — moniste — d'habilitation, au sein d'un seul ordre juridique, universel.

Puisqu'il n'y a pas de droit en dehors du droit habilité par la *Grundnorm*, tout ce qui pourrait ressembler à l'application d'un droit non habilité doit être présenté en termes de *prise en considération qui n'est ni amicale ni hostile*. En effet, ce type de prise en considération traite la norme prise en considération comme un fait (il n'y a pas de différence de traitement juridique entre une inondation, un cambriolage et le fait du prince étranger).

Chaque fois que cela sera nécessaire, on soutiendra donc que la prétendue loi étrangère prétendument appliquée est en réalité un fait pris en considération par la loi du for, seule loi véritablement appliquée. Ou que la prétendue règle de désignation étrangère prétendument appliquée (ce qu'on appelle « le renvoi ») est en réalité un fait pris en considération par la règle de désignation du for, seule règle de désignation véritablement appliquée.

Bien entendu, il est alors inconcevable d'opposer la prétendue exception d'ordre public à ce qui est pris en considération :

1°- D'abord parce qu'on n'oppose pas l'exception d'ordre public à un fait : le fait est là, dont l'existence s'impose à tous — il ne peut être question que de le négliger s'il n'est le présumé d'aucune règle applicable, ou au contraire d'en tirer les conséquences que la règle applicable commande de lui faire produire ;

2°- Ensuite parce que, lorsqu'on la présente en termes monistes, la prétendue exception d'ordre public se définit par la substitution de la règle du for à la règle normalement applicable, qu'on évince. Or, par hypothèse, seule la règle du for est applicable, vient-il d'être dit. Comment diable pourrait-on la substituer à elle-même ?

B.- Pluralisme

de la règle applicable d'une façon :

1°- Qui ne soit ni amicale ni hostile (le fait du prince étranger pris en considération à l'occasion de l'application de la disposition de la loi contractuelle exonérant le débiteur de son obligation lorsqu'une force majeure a rendu cette obligation impossible à exécuter) ;

2°- Qui soit amicale (prise en considération d'une loi prohibitive étrangère bafouée par un contrat, à l'occasion de l'application de celle des dispositions de la loi contractuelle qui frappe de nullité les contrats illicites) ;

3°- Qui soit hostile (prise en considération de la loi militaire de l'État ennemi à l'occasion de l'application de la loi pénale du for réprimant le crime de combattre sous l'uniforme ennemi). Mais on pourrait montrer que la prise en considération hostile n'est qu'une reformulation de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public à l'encontre d'une prise en considération amicale, de sorte que celle-là se ramène à celle-ci.

Autant l'on pourrait soutenir que la prise en considération qui n'est ni amicale ni hostile assimile la norme étrangère à un fait ; autant cela est impossible pour la prise en considération amicale (ou hostile). La preuve en est que l'exception d'ordre public est opposable à une prise en considération amicale (pour la prise en considération hostile, v. *supra*). Cela montre bien que :

1°- Que les normes étrangères amicalement prises en considération ne sont pas des faits (puisque l'on n'oppose pas l'exception d'ordre public à un fait).

2°- L'exception d'ordre public ne se définit pas par son hostilité nécessaire à la loi normalement applicable, ni par un prétendu effet de substitution de la loi normalement applicable par la loi du for.

A.- Monisme

A.36.- Le droit international privé n'a de sens qu'au sein d'un tout *substantiellement* homogène et ne se conçoit que sur le modèle *formel* d'une confédération unique. Entre les différents États de l'Europe continentale, une telle homogénéité substantielle ne se rencontre qu'en matière de droit privé. Encore faut-il exclure de ce grand échange de lois entre sous-ordres (chacun appliquant les lois des autres) les lois qui ne tirent pas leur origine de cette substance commune, mais de motifs spécifiques à l'État qui les a édictées, ou de motifs politiques, fiscaux, répressifs, administratifs, ou économiques, qui, même identiques d'un État à l'autre et commandant des dispositions identiques, ne procèdent ni du *jus commune* hérité des Romains, ni d'un droit coutumier commun qui serait venu le compléter.

Les lois des États qui n'ont pas reçu en héritage la substance homogène dont il vient d'être question ne participent pas non plus à ce grand échange des lois, à plus forte raison.

En définitive, il ne peut pas y avoir de droit international privé en dehors de ce qu'est devenu à notre époque le droit privé romain. (Tout au plus peut-on concevoir de substituer à cette substance historiquement commune une substance dont une « approche comparative » révélerait le caractère commun.) Ce droit international privé est nécessairement unique. Toutes les matières étrangères au droit privé en sont nécessairement et définitivement exclues, de même que toutes les normes (même prétendument « *privées* ») des États non romanisés.

Formellement public en tant qu'il est répartiteur de compétences législatives (à la façon d'une constitution fédérale), le droit international privé est *substantiellement* une branche du droit privé en ce que l'objet de cette répartition est l'unique droit privé commun (en ses variations multiples et accessoires), et que cette répartition repose sur des motifs

B.- Pluralisme

B.36.- En tant qu'ensemble formé des règles de réception des normes étrangères, d'une part, et, d'autre part, de la règle qui impose l'application des normes internes aux situations qui entrent dans le champ d'application de celles-ci, il est tout aussi dépourvu de sens de se demander si ce qu'on appelle maladroitement le droit international privé appartient au droit privé ou au droit public que de se demander s'il appartient au *common law* ou à l'*equity*. Ces divisions, purement internes et propres à certains ordres juridiques, sont étrangères à la matière qui nous intéresse ici en tant que droit des effets qu'un ordre juridique accorde ou refuse d'accorder aux normes des autres.

En revanche, on peut distinguer (si l'on y tient vraiment, et au risque de commettre quelques contresens comparables à des fautes de traduction) selon que les effets qui sont accordés par cet ordre juridique d'accueil relèvent de ce qu'il appelle le droit privé ou le droit public, le *common law* ou l'*equity*. Il est d'ailleurs parfaitement possible, à cet égard, qu'un ordre juridique accorde un effet relevant de ce qu'il appelle le *droit privé* à une norme étrangère qui, dans son ordre juridique d'origine, relève du droit public. Il n'y a pas non plus de raisons d'exclure, *a priori* et en bloc, l'octroi d'effets (relevant ou non de ce que l'État d'accueil appelle le *droit privé*) à de normes étrangères (relevant ou non de ce que l'État étranger appelle le *droit privé*) émanant d'États qui sont d'une tradition juridique différente de celle de l'État d'accueil.

En définitive, le droit international privé d'un État est composé de la règle par laquelle il impose qu'on applique les normes *de son droit privé* aux situations qui entrent dans le champ d'application de celles-ci (cette règle est indissociable des dites normes internes : elle n'en est qu'un caractère ; ce n'est que par une pure opération de l'esprit que sont distinguées celle-là de celles-ci, comme on distinguerait une pièce, son métal, sa masse, son

A.- Monisme

purement privatistes, à savoir : la nature des rapports juridiques (incapacités, relations de famille, successions, obligations, propriété et droits réels) relatifs aux *institutions* (au sens que prend ce mot en droit civil) qui forment cet unique droit privé commun.

Répartition de compétences, rapports de droit, institutions au sens du droit civil : ces idées sont étrangères à une théorie du droit en général qui réduirait celui-ci à une volonté armée.

A.37.- Parce qu'elle présente le droit international privé en termes de règles de désignation indifférentes à l'origine des lois désignées (c'est-à-dire qu'elle adopte une formulation rappelant celle des traités *bilatéraux* qui répartiraient les compétences législatives entre les deux Hautes Parties Contractantes), la théorie moniste, en droit international privé, porte le nom de *bilatéralisme*.

B.- Pluralisme

côté pile et son côté face), d'une part, et, d'autre part, des règles qu'il s'impose de suivre lorsqu'il est amené à accepter ou à refuser de prêter main-forte à des normes émanant d'un autre État en leur donnant un effet relevant, selon lui, du droit privé.

Un ordre juridique qui prête main-forte à un autre, une indifférence fondamentale aux divisions entre droit privé, droit pénal et droit public : ces idées se rattachent facilement à la théorie du droit en général qui réduit celui-ci à une volonté armée.

B.37.- Parce qu'elle présente le droit international privé en termes de règles imposant *unilatéralement* l'application des normes de l'ordre juridique d'accueil aux situations qui entrent dans leur champ d'application (*unilatéralement* délimité), d'une part, et, d'autre part, de règles de réception *unilatérale* des normes étrangères dont le champ d'application a été *unilatéralement* délimité par leur ordre juridique d'origine, la théorie pluraliste, en droit international privé, porte le nom d'*unilatéralisme*.

II.— USAGE DES THÉORIES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DANS DES MATIÈRES ANALOGUES

16.- Il est fait des théories moniste-bilatéraliste et pluraliste-unilatéraliste en droit international privé (A) un usage qui pourrait faire l'objet de fertiles analogies dans d'autres domaines, tels que ceux de la morale et de l'éthique (B).

A.— Usage des théories en droit international privé

17.- Si le contraste entre les théories moniste-bilatéraliste et pluraliste-unilatéraliste plonge ses racines dans les décennies successives du XIX^e siècle, ce n'est qu'à la fin de celui-ci — au moment des travaux de rédaction du Code civil allemand et de la Loi d'introduction à ce code — qu'il a fait l'objet d'une prise de conscience détaillée, et qu'il a dicté des choix de politique législative et orienté des commentaires doctrinaux.

Retenons que le législateur allemand de 1896 a sciemment décidé d'adopter un droit international privé allemand (et non l'ébauche allemande d'un droit international privé universel), et qu'il a considéré qu'il ne lui appartenait pas de décider des critères d'applicabilité de droit international privé des lois étrangères (cette tâche incombant selon lui aux législateurs des États étrangers, dans les affaires desquels il convenait de ne pas s'immiscer). Le législateur allemand n'a cependant pas suivi cette voie théorique pluraliste-unilatéraliste avec constance, et certains articles de la Loi d'introduction au Code civil témoignent d'un attachement persistant à une formulation de type moniste-bilatéraliste.

De nombreux passages des commentaires doctrinaux de la nouvelle loi ont été consacrés à la façon dont les organes allemands d'application du droit (juges, notaires et officiers de l'état civil) allaient devoir raisonner lorsque le nouveau droit international privé allemand ne désignait pas la loi allemande. Pouvait-on généraliser les critères d'auto-désignation de la loi allemande et les projeter sur le monde entier ? Ou allait-il falloir interroger les lois du monde entier pour savoir si elles souhaitaient s'appliquer, et dans ce cas comment allait-il falloir choisir parmi ces lois si plusieurs d'entre elles se voulaient applicables ? Le choix de ces questions et la réponse qui y était apportée témoignaient chaque fois de l'adhésion du commentateur à l'une ou à l'autre des deux théories²¹.

18.- Depuis un demi-siècle, il est fait un autre usage du monisme-bilatéralisme et du pluralisme-unilatéralisme en droit international privé. Pour décrire scientifiquement le droit positif au moyen des théories, ou pour mesurer le degré de correspondance des théories à la réalité du droit positif, les auteurs de monographies, de manuels et de cours donnent à lire une exposition sommaire des deux théories (ou « méthodes »), indiquent brièvement les parties du droit positif qui peuvent être présentées dans les termes de l'une ou au contraire dans les termes de l'autre, et joignent ensuite le geste à la parole en se livrant effectivement à de telles descriptions.

L'une des premières — et l'une des plus influentes — occurrences de cette utilisation des théories peut être trouvée dans le premier chapitre d'une célèbre monographie de Phocion Francescakis²², chapitre qui a servi de modèle à la division que tous les

21 On trouvera un exposé à nouveaux frais des débats législatifs et doctrinaux de cette époque in Gian Paolo Romano, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno. L'unilatéralisme dans le droit international privé moderne*, th. Univ. Padoue et Univ. Panthéon-Assas Paris 2, 2005, polycop., p. 13-127.

22 Phocion Francescakis, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1957, p. 7-53. Dans la littérature juridique de langue française, toute la réflexion portant sur la positivité respective des deux méthodes est tributaire de Pierre Gothot, « Le Renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971.1-36, 209-243, 415-450 ; Pierre Gothot, « La Méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Trav. Com. fr. DIP 1975-1977*, 201-232.

auteurs des manuels français d'aujourd'hui consacrent à « la pluralité des méthodes du droit international privé »²³.

Le nombre de monographies tendant à montrer que telle ou telle partie du droit positif obéit à la méthode pluraliste-unilatéraliste ne cesse de croître²⁴.

Une forme originale de positivité des théories a été récemment mise au jour²⁵. Depuis 1837, la littérature de droit international privé est jalonnée de paradoxes, cercles vicieux, pétitions de principes et autres anomalies argumentatives. La cause en celle-ci : en droit international privé, les raisonnements à l'honneur s'inscrivent à la fois dans la théorie moniste-bilatéraliste et dans la théorie pluraliste-unilatéraliste. Comme ces deux théories sont incompatibles, il naît du passage de l'une à l'autre en cours de raisonnement un grand nombre d'apories. Le raisonnement juridique peut, à cet égard, être comparé à un animal qui mangerait à deux râteliers et qui, lorsqu'il en délaisserait un pour

23 Pour s'en tenir aux principaux ouvrages : Bernard Audit, *Droit international privé*, 3e éd., Paris, Economica, 2000, p. 81-112 ; Henri Batiffol et Paul Lagarde, *Traité de droit international privé*, 8e éd., t. Ier, Paris, LGDJ, 1993, p. 13-17 et 411-430 ; Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris New York Barcelone Milan Mexico São Paulo, Masson, 1987, p. 162-168 (et 169-344) ; Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 67-78, 112-118 et 136-160 ; Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 8e éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 61-106. Il est à noter que les « méthodes » identifiées, opposées et décrites sont parfois au nombre de trois (méthode des règles bilatérales, méthode des règles unilatérales, méthode des règles matérielles de droit international privé), parfois au nombre de deux (l'une des trois étant alors provisoirement passée sous silence ou ramenée à l'une des deux autres). Ce manque apparent d'homogénéité des manuels résulte de la différence de sens donné au mot « méthode » (mode d'emploi du droit positif en l'inscrivant dans une théorie, ou simple technique législative). Lorsque le mot est pris dans son sens théorique, il est bien établi qu'il doit conduire à opposer deux méthodes et non trois : Bernard Audit, « Le Caractère fonctionnel de la règle de conflit (à propos de la "crise" des conflits de lois) », *RCADI* 1984-III, vol. 186, p. 219-397, spéc. p. 255-257.

24 Pour s'en tenir à quelques thèses récentes : Didier Boden, *op. cit.* (2002), p. 626-656, 698-799 (notamment) ; Serge Billarant, *Le Caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, th. Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne [2003], Paris, Dalloz « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », 2004, p. 161-360 ; Stéphanie Francq, *L'Applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, th. Univ. Louvain [2004], Bruxelles Paris, Bruylant LGDJ, 2005 ; Louis Perreau-Saussine, *L'Immeuble et les méthodes du droit international privé*, th. Univ. Panthéon-Assas Paris II, 2004, polycop., p. 180-209. On trouvera un vaste exposé, couvrant de larges pans du droit privé de plusieurs pays d'Europe, in Gian Paolo Romano, *op. cit.* (2005), p. 309-631.

25 Didier Boden, *op. cit.*, p. 544-675. V. déjà : Bertrand Ancel, « Les Conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux », th. Univ. Paris, Paris, Dalloz, 1977, n° 128-165, p. 135-173, spéc. n° 135, p. 141.

se tourner vers l'autre, attraperait en la plupart de ces occasions l'un de ces torticolis que les spécialistes du droit international privé appellent un grand problème ²⁶.

Au-delà de l'identité d'analyse à laquelle ils se prêtent, les problèmes nés de ces enchevêtrements de théories incompatibles entre elles offrent une certaine variété ²⁷. Les problèmes d'une première catégorie naissent du regard que l'une des deux théories porte sur l'autre ²⁸. Une deuxième catégorie regroupe les enchevêtrements qui naissent du regard porté par une théorie sur une partie du droit positif qui ne peut être décrite que dans les termes de l'autre théorie : il suffit donc pour les résoudre de délaissier la théorie inadéquate au profit de l'autre ²⁹. Une troisième est formée des résultats de suggestions syncrétiques ³⁰. Une quatrième et dernière catégorie contient les enchevêtrements qui naissent de la présence simultanée, en droit positif, d'éléments dont on ne peut rendre compte qu'en termes monistes-bilatéralistes et d'éléments dont on ne peut rendre compte qu'en termes pluralistes-unilatéralistes : ces problèmes-là sont donc insolubles sans une modification du droit positif lui-même ³¹.

26 En termes plus savants, les questions : « Qu'est-ce qu'un problème ? Les problèmes ont-ils tous quelque chose de commun ? À quoi peut-on les reconnaître ? Ont-ils tous une cause commune, qui, si elle était connue, permettrait de découvrir le plus de problèmes possible, et qui donnerait peut-être les termes de leur résolution ? » appellent les réponses suivantes : « Un problème est une incompatibilité entre les deux réponses que reçoit une question à deux moments différents d'un raisonnement. Un grand nombre de problèmes ont comme cause commune l'enchevêtrement de deux théories différentes incompatibles entre elles (et donc l'enchevêtrement des deux raisonnements incompatibles entre eux qu'elles sous-tendent respectivement) : la théorie du monisme juridique et la théorie du pluralisme juridique. Les problèmes sont des problèmes en raison de cet enchevêtrement. Ils cessent d'être des problèmes dès que cesse cet enchevêtrement. » Didier Boden, *op. cit.*, note 1070.

27 Didier Boden, *op. cit.*, p. 675.

28 La pétition de principe des droits acquis ; le cercle vicieux de la règle savignienne ; le problème de la lacune et celui du cumul.

29 Les deux cercles vicieux de l'auto-désignation et les deux colimaçons correspondants ; le paradoxe de la répartition étatique des souverainetés étatiques ; le problème de l'ordre public ; l'aporie du renvoi *in favorem* ; le problème du caractère substantiel de la règle de conflit ; l'aporie de la naturalisation de la loi étrangère ; le paradoxe de l'autorité de la jurisprudence étrangère ; le cercle vicieux de la clause d'*electio juris* ; le colimaçon de la validité secondaire de la clause d'*electio juris*.

30 Le cercle vicieux de la qualification *lege causae* ; l'aporie de l'« approche comparative » de la qualification ; le cercle vicieux de la désignation-expatriation-rondo (le « cercle vicieux du double renvoi ») et le colimaçon correspondant ; la *regressio ad infinitum* des règles de conflit à la deuxième puissance ; le paradoxe de Burckhardt ; l'aporie de l'internationalisation de l'exception d'ordre public en général et de l'« approche comparative » de cette exception en particulier ; l'aporie de l'« effet réflexe » de l'ordre public ; le problème des questions préalables ; l'aporie du cantonnement de la clause d'*electio juris* aux lois « comparativement » supplétives ; la *regressio ad infinitum* de la théorie de l'envoi ; le colimaçon de la validité secondaire de la clause d'*electio juris* ; l'aporie de la bilatéralisation des lois d'application immédiate.

31 Le cercle vicieux de la désignation-délégation-rondo (le « cercle vicieux du renvoi ») et le colimaçon correspondant ; le cercle vicieux de la désignation-délégation-toupie opérée par un ordre juridique étranger (le « cercle vicieux du renvoi-toupie ») ou par le for, et les deux colimaçons correspondants ; le cercle vicieux du conflit de qualifications et le colimaçon de la qualification secondaire ; le problème des normes suprêmes.

19.- Ces usages des théories en droit international privé — pour élaborer un corps de normes en en donnant le mode d'emploi, pour le commenter en suggérant une façon de le compléter, pour décrire sa réalité et pour débusquer les causes des paradoxes auxquels donnent naissance son élaboration, ses commentaires et sa description³² — pourraient être transposés dans d'autres domaines, apparemment très différents et pourtant propices aux analogies : ceux de la morale et de l'éthique.

B. — *Transposition en morale et en éthique
de l'usage des théories du droit international privé*

20.- La *tolérance* désigne notamment la *disposition à ne pas empêcher, alors qu'on le pourrait, l'exercice par autrui d'une activité que l'on n'approuve pas*³³, voire la *disposition à apporter à cette personne une contribution positive à l'exercice de cette activité, alors qu'on pourrait s'en dispenser*. À cet égard, le droit international privé d'un État est un droit de tolérance³⁴ puisqu'il est pour moitié formé, a-t-il été dit ci-dessus³⁵ des règles que cet État s'impose de suivre lorsqu'il est amené à accepter ou à refuser de donner un effet de droit privé à des normes émanant d'un autre État. Cette main-forte d'un premier ordre juridique à un second est prêtée en dépit du contraste des conceptions de l'un et de l'autre. Il s'agit donc d'une tolérance active, qui atteint sa limite lorsque le contraste devient trop important. L'effet est alors refusé à la norme étrangère car il heurterait, selon l'expression consacrée, l'*ordre public de droit international privé de l'État sollicité*. En ce sens, « l'ordre public international fixe les bornes de la tolérance de notre système juridique envers les institutions étrangères »³⁶.

32 Pour accourcir l'exposé et pour éviter certains malentendus, le choix a été fait de ne pas traiter ici de l'usage d'une théorie consistant à prôner une modification du droit qui rende celui-ci plus conforme à celle-là ou à prôner un maintien des choses en leur état, qui permette au droit positif de ne pas s'éloigner de la théorie présentée en modèle. De tels usages existent aussi. V., tout récemment, la thèse remarquable de M. Louis d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, th. Univ. Panthéon-Assas Paris 2, 2005, notamment au n° 586.

33 Pour une définition très proche, v. Suzan Mendus, « Tolérance. Tolérance et pluralisme moral », trad. fr. Nadine Akoury, in Monique Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996, p. 1536.

34 Cette métaphore est très fréquente dans la littérature de droit international privé. L'occurrence la plus emblématique est donnée par le titre d'un ouvrage célèbre : Werner Goldschmidt, *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia, basado en la teoría pluralista del mundo jurídico*, 3e éd., Buenos Aires, Depalma, 1977.

35 V. *supra*, n° 8.

36 Dominique Holleaux, Jacques Foyer, Géraud de Geouffre de la Pradelle, *op. cit.*, n° 610.

21.- Quelle est la part de pertinence de cette métaphore ? À quel point peut-on constater une similitude entre la mise d'un État au service de la volonté d'un autre (droit international privé et matières similaires), d'une part, et, d'autre part, les aspects moraux et éthiques de la mise de soi au service de la volonté d'autrui (tolérance active, obéissance active, complicité active) ? et entre la limite de la disposition d'un État à accorder un effet aux normes étrangères (l'exception d'ordre public), d'une part, et, d'autre part, la limite de la tolérance, les confins du devoir d'obéissance et le seuil à partir duquel commence la complicité répréhensible ?

22.- Celui qui entreprend de répondre à ces questions doit d'emblée faire face à une série de différences décourageantes. Dans la littérature de morale et d'éthique se rapportant à la tolérance, celle-ci est abordée en tant qu'attitude de l'État (ou de « la société ») envers certains des siens (considérés individuellement ou en groupe), plus souvent qu'en tant qu'attitude de chacun envers chacun³⁷. De ce premier trait procèdent un deuxième et un troisième. D'abord, dans cette littérature, il est souvent question de tolérer des personnes et non des actes (c'est au motif que « le seuil de tolérance » serait « dépassé » que les xénophobes appellent de leurs vœux non pas un changement des comportements individuels mais un déguerpissement des étrangers — ou de ceux qu'ils considèrent comme tels). Réciproquement, le « tolérant » et l'« intolérant » sont présentés comme des personnages définitivement campés et non comme des personnes en action, dont on pourrait décrire ou prescrire le comportement tolérant dans toute sa casuistique³⁸.

Quatrièmement, il n'y est question pour l'État que de s'abstenir d'un certain comportement étatique, de diversifier ses comportements étatiques, ou d'accorder une habilitation étatique (ou : une « liberté ») à ses sujets, qui en useront à leur guise mais sans pouvoir aller au-delà de limites de l'habilitation qui leur est accordée. Dans le premier cas, on parlera souvent, par un emprunt extensif mais non critiquable à la terminologie juridique, de « *tolérance administrative* ». Dans le deuxième, on réclamera à l'État, au nom

37 Monique Canto-Sperber (« Les Limites de la tolérance », in Roger-Pol Droit (dir.), *Jusqu'où tolérer ?*, Paris, Le Monde Éd., 1996, p. 131-145, spéc. p. 134) attire l'attention sur l'importance de cette distinction.

38 Il y a à cela une origine historique. Du XVI^e au XVIII^e siècle, la tolérance a été uniquement définie par l'attitude de non-répression d'un État doté d'une religion (ou de l'Église de cet État, ou des sujets de cet État, fidèles de cette Église) envers les autres religions et ceux qui les professaient. En ce sens, il était possible d'être purement, simplement, absolument et définitivement « tolérant » ou « intolérant », et il n'était absurde ni de faire parler des personnages incarnant ou approuvant ces attitudes, ni d'aspirer à leur ressembler. Le contexte politique et religieux de cette époque n'était assurément pas celui d'aujourd'hui, et le sens que les mots avaient alors n'est pas celui qu'ils ont pour nous. On ne peut donc pas transposer les phrases, les arguments, les raisonnements et les personnages d'un contexte à l'autre et les mettre bout à bout sans courir le risque de commettre des anachronismes, des confusions et des contresens. Philippe Sassier (*Pourquoi la tolérance*, Paris, Fayard, 1999, p. 9 et 205), qui récapitule son intéressant ouvrage sous une telle forme (« *Il faut obéir à Dieu, ou à la Nature*, dit l'intolérant. — *Bien sûr*, répond le tolérant [...]. — *Non*, rétorque l'intolérant [...] », etc.) en est parfaitement conscient, qui indique l'artifice d'un tel dialogue, après avoir cédé à l'irrésistible tentation de l'écrire.

de la tolérance, qu'il « *accorde un statut* » spécifique à certains groupes, en général confessionnels ou ethniques (à la façon, en somme, des syndicats d'étudiants français qui réclament « un véritable statut de l'étudiant »), c'est-à-dire qu'il accorde un ensemble de droits et de devoirs dérogeants au droit commun mais — la précision est notable — émanant de la même source que le droit commun³⁹. Dans le troisième cas, on se réjouira de voir l'État organiser, dans un « esprit de tolérance et de pluralisme » la coexistence des différences⁴⁰ en indiquant à chacun les limites qu'il ne peut pas dépasser. Les trois attitudes peuvent prendre le relais l'une de l'autre (absence de commandement étatique pour certaines questions, diversité des commandements étatiques pour d'autres, habilitation étatique pour d'autres questions encore). Cela ne signifie pas qu'il faille les confondre⁴¹.

39 S'exprimant en ces termes à propos de la tolérance due par l'État israélien à la minorité de ces ressortissants arabes : Denis Charbit, « Condamnés à vivre ensemble », in Claude Sahel (dir.), *La Tolérance. Pour un humanisme hérétique*, Paris, Autrement, série Morales n° 5, 1993, p. 182-202, spéc. p. 191.

40 Les ouvrages contemporains en langue anglaise privilégient ce troisième aspect, sans négliger totalement les deux autres. V. par exemple : Michael Walzer, *Traité sur la tolérance*, trad. fr. par Chaïm Hutner de *On Toleration* (Yale University Press, 1997), Paris, Gallimard, 1998. Mais on y chercherait en vain une exposition de ce qu'est ou de ce que devrait être la tolérance en tant que vertu interindividuelle ou en tant qu'attitude adoptée par deux entités, irréductibles l'une à l'autre et irréductible à une troisième, l'une envers l'autre.

41 Roger-Pol Droit, « Préambule. Une idée faible ou forte », in Roger-Pol Droit (dir.), *Jusqu'où tolérer ?*, Paris, Le Monde Éd., 1996, p. 5-13, spéc. p. 5-7 ; Roger-Pol Droit, « Les deux visages de la tolérance », in Frederico Mayor (dir.), *Tolérance, j'écris ton nom*, Paris, Saurat Unesco, 1995, p. 13-21, spéc. p. 15-17. On notera sous la plume de M. Pol-Droit un glissement très révélateur de « la loi qui tolère » à « moi qui tolère » : comme souvent dans cette littérature, la tolérance étatique *recouvre* la tolérance interindividuelle. Deux explications sont possibles. — Premièrement, ce recouvrement peut procéder d'une identification du sujet à l'État : « Je suis tolérant : mon État est tolérant ». Dans cette perspective, le toléré est, par excellence, l'étranger (ou toute personne n'étant pas pleinement citoyenne) ; et le tolérant est le sujet-citoyen. S'interroger sur la tolérance de l'État et de ses citoyens *par l'étranger* est alors aussi saugrenu que de se demander si les noisettes mangent des écureuils (rapp. les intéressantes précisions de Bernard Williams, « Tolérance, une vertu incommode », in Frederico Mayor [dir.], *op. cit.*, p. 57-66, spéc. p. 60 ; de Yirmiyahu Yovel, « La tolérance comme grâce et comme droit », in *idem*, p. 67-84, spéc. p. 70 ; et de M. Hammoudi, in Denis Charbit, « Condamnés à vivre ensemble », in Claude Sahel (dir.), *La Tolérance. Pour un humanisme hérétique*, Paris, Autrement, série Morales n° 5, 1993, p. 182-202, spéc. p. 184). — Deuxièmement, ce recouvrement peut n'être qu'une présentation de la place que l'État accorde à tous, et notamment au sujet : « Mon État, en assignant une égale sphère de liberté à chacun, organise la coexistence des différences ». La tolérance désigne alors soit l'attitude d'un tel État (et alors les sujets, n'étant pas des États, ne peuvent pas être tolérants, ou pas dans ce sens-là en tout cas), soit l'attitude de chacun de ceux qui acceptent cette répartition des sphères de liberté : « Je suis tolérant : je respecte les règles de mon État pluraliste » (et alors l'État, ne s'attribuant pas de sphère, ne peut pas être tolérant, ou pas dans ce sens-là en tout cas, mais il n'en reste pas moins « pluraliste », en ce sens qu'il organise la coexistence des différences). — Le plus souvent, toutes ces significations sont confondues, et le recouvrement dont elles procèdent empêche ceux qui les commettent de s'interroger sur la tolérance en tant que vertu interindividuelle *pure* (c'est-à-dire en faisant abstraction de l'État et de « la société »).

Or, précisément, dans la littérature relative à la tolérance, les confusions abondent. En particulier, on y distingue rarement la tolérance des actes et la tolérance du discours sur les actes — ou on ne les distingue que pour les agglomérer, ce qui conduit au même résultat⁴². Si l'on ajoute à cette première confusion celle, qui a déjà été mentionnée, entre la tolérance des actes et la tolérance des personnes, et celle, également mentionnée, entre personnage tolérant et comportement de tolérance, on obtient cette idée si souvent prônée qui commande de « refuser toute tolérance aux ennemis de la tolérance »⁴³.

23.- Ces différences apparemment considérables entre la tolérance en tant que métaphore du droit international privé et ce qui s'écrit de la tolérance dans les textes de morale et d'éthique ne doivent pas susciter le découragement. D'une part, comme on le verra plus loin, ces textes ne sont pas sans échos en droit international privé. D'autre part, il existe aussi dans la littérature de morale et d'éthique des propos relatifs aux attitudes interindividuelles, et l'on en trouvera d'autant plus qu'on ne se limitera pas à la tolérance active, mais qu'on élargira la recherche à la tolérance passive, à l'obéissance et à la complicité.

La recherche, rappelons-le, porte sur le degré de pertinence du rapprochement entre ce que la littérature juridique dit du droit international privé en tant que droit de la mise d'un premier État au service des normes d'un second, même lorsque celles-ci diffèrent des normes du premier État, d'une part, et d'autre part, ce que la littérature de morale et d'éthique dit de la mise de soi au service de la volonté d'autrui, même lorsque cette volonté s'écarte des valeurs de l'agent moral considéré. La formulation de ce questionnement pourrait être celle-ci : *La morale et l'éthique doivent-elles présenter la tolérance en termes monistes ou en termes pluralistes ?* L'évidence semble commander la réponse, précisément parce que les termes de la question semblent prendre un sens qu'ils n'ont pas, et qu'ils ne semblent pas avoir le sens qu'ils ont. N'est-il pas évident, en effet, qu'il ne peut y avoir de tolérance sans admission de la diversité, c'est-à-dire de la pluralité de

42 V. les critiques de Marcel Conche, « La Tolérance française et sa signification universelle », in Frederico Mayor (dir.), *op. cit.* (v. note précédente), p. 171-186, spéc. p. 183-184.

43 Pour les raisons indiquées ci-dessus (note 38), la formule pouvait avoir un sens au XVIII^e siècle (« C'est justice de s'armer d'intolérance contre l'intolérant, comme un devoir au Prince d'opposer une Armée à une Armée Ennemie. [...] Il n'est qu'un cas où la tolérance puisse devenir funeste à la Nation ; c'est lorsqu'elle tolere une Religion intolérante », écrivait Claude Adrien Helvétius, *De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, 2 vol., Londres, Soc. Typographique, 1773, vol. Ier, sect. II, chap. XVI, note 11, p. 385 et sect. IV, chap. XXI, p. 574) ; elle n'en a plus aujourd'hui, en raison des confusions qu'elle suppose. On trouvera des variantes actuelles de l'ancienne formule sous la plume de Roger-Pol Droit (« Préambule. Une idée faible ou forte », précité, spéc. p. 9 ; *id.*, *Les Deux Visages de la tolérance*, précité, spéc. p. 20) et de Paul Ricœur (« Tolérance, intolérance, intolérable », 1990, in *Lectures. I : Autour du politique*, Paris, Seuil, 1991], Paris, Points-Essais, p. 295-312, spéc. p. 302-303, 306, 312). Pour une critique de ces deux textes, v. Didier Boden, *op. cit.*, note 1376, p. 680-682.

ce qui fait l'objet de la tolérance ? Dès lors, n'est-il pas tautologique de formuler la tolérance en termes pluralistes ? C'est ce que pourraient croire tous ceux qui baptisent du nom de « *pluralisme* » le seul constat de la pluralité, ou la seule abstention de nier ou de réprimer la différence.

Mais ce n'est pas le sens ici donné à la théorie pluraliste. Une chose en effet est de s'abstenir d'imposer l'uniformité des comportements, des croyances et des normes ; une autre est de donner effet à des comportements, croyances et normes dont on n'a déterminé ni la substance ni la source ni le sens ni les conséquences propres ni les modalités d'évolution. Une chose est, pour un pouvoir central, d'assigner un régime spécial à une partie de la population ; une autre est de donner un effet central à des normes émanant d'une partie de la population qui s'est constituée elle-même, et qui se donne ses propres règles. Ce n'est pas le refus de l'uniformité (ou l'acceptation de la diversité) qui définit la théorie pluraliste ; c'est la localisation du pouvoir de décider de la substance, de la source, du sens, des conséquences propres, et des modalités d'évolution de ce qui fait l'objet de la disparité. Si ce pouvoir est centralisé (ou si on ne le tient que d'une habilitation centrale), il appellera une description en termes monistes. Si au contraire chacun des groupes considérés ne tient que de lui-même le pouvoir qui vient d'être dit, la description de ce qu'ils sont ne sera pertinente qu'en termes pluralistes.

Ce qui vient d'être dit des relations entre l'État et les divers groupes avec lesquels il pourrait être en contact vaut également pour les relations entre personnes. On le comprendra par quelques questions : Accorde-t-on à autrui sa liberté d'action ou en prend-on acte ? Refuse-t-on de la lui accorder ou refuse-t-on d'en prendre acte ? Habilite-t-on autrui à accomplir un acte moral ? La moralité des actes d'autrui dépend-elle de lui ou de soi ? Y a-t-il plusieurs moralités (c'est-à-dire plusieurs morales, considérées sous l'angle de ce qui leur est conforme ou de ce qui forme leur substance) ? Y a-t-il des relations entre morales ? Les morales sont-elles soumises à une morale suprême d'où elles tireraient une forme d'habilitation, qui serait substantiellement limitée (mais de façon à admettre plusieurs façons de la respecter), et qui, ce faisant, assignerait à chacune une orbite au-delà de laquelle cesserait la moralité ? Sont-elles au contraire irréductibles l'une à l'autre et irréductibles à toute morale suprême ? Ces questions sont, en morale et en éthique, de la plus haute importance ; en droit et en science du droit, *mutatis mutandis*, elles ont reçu de longue date des réponses qui, pour n'avoir pas recueilli l'unanimité, pourraient cependant retenir l'attention.

Le sens de la question étant à présent à l'abri du malentendu, la recherche de la réponse peut être entreprise.

24.- En tant que vertu interindividuelle passive, il est dit de la tolérance qu'elle porte sur le comportement d'autrui, tel qu'il a été décidé par ce dernier⁴⁴. La tolérance n'est ni inconditionnelle ni illimitée, et la décision d'être ou de n'être pas tolérant dépend des circonstances : substance du comportement toléré, auteur du comportement, personne dont la tolérance est en question, etc.⁴⁵ La tolérance n'a de portée — et selon certains, elle n'a de sens — qu'envers des comportements que réproouve la personne dont la tolérance est en question, par exemple la diction d'opinions qu'elle condamne⁴⁶. En formulant les choses de façon inverse, on obtient l'une des apories⁴⁷ qui sont qualifiées de *paradoxe de la tolérance* :

« Voici donc notre première aporie. Comment puis-je tolérer la diction du mensonge, dès lors que le mensonge est reconnu mensonger ? Comment puis-je tolérer historiquement ce que, théoriquement, je condamne ? [...] La tolérance reconnaîtrait à la fois l'absurde de l'absurdité et le droit pour tout homme, de la dire ? Je ne pourrais empêcher un

44 Vladimir Jankélévitch, *Traité des vertus*, 2 vol., vol. II *Les Vertus et l'amour* (1re éd., Paris, Bordas, 1970), 2e éd., Paris, Flammarion, 1986, p. 88. Il est important de noter que, chez Jankélévitch, ce n'est pas l'erreur elle-même mais bien le comportement qui en découle qui est toléré (par exemple et par excellence : *la diction de l'erreur*). La vérité ni l'erreur n'ont à être tolérées, ni à ne l'être pas (p. 89-90). Cependant, une fois cette précision apportée, l'auteur emploie constamment le mot « vérité » par métonymie, pour désigner les comportements qui en découlent. Par ailleurs, chez Jankélévitch, la vérité et l'erreur ne concernent pas seulement la description de l'être, mais peuvent aussi caractériser la morale. Dans le passage du *Traité des vertus* qui se rapporte à la tolérance, il faut donc entendre par « vérité » : « comportement adopté par une personne en conformité à ce qu'elle croit être la vérité morale ».

45 Vladimir Jankélévitch, *op. cit.*, II, p. 89 et 93. André Comte-Sponville, *Petit Traité des grandes vertus*, Paris, PUF, 1995, p. 214-215.

46 Suzan Mendus, « Tolérance. Tolérance et pluralisme moral », trad. fr. Nadine Akoury, in Monique Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, Paris, PUF, 1996, p. 1536 ; Monique Canto-Sperber, « Les limites de la tolérance », in Roger-Pol Droit (dir.), *Jusqu'où tolérer ?*, Paris, Le Monde Éd., 1996, p. 131-145, spéc. p. 132-133 ; Fernando Savater, « À quel engagement conduit la tolérance ? », entretien avec Isabelle Albaret et Marc-Olivier Padis, in *La Tolérance, l'indifférence, l'intolérable*, suppl. rev. *Esprit*, nov. 2001, p. 5-9, spéc. p. 5 ; *adde*, par ironie : Lytton Strachey, *Victoriens éminents* (1918), trad. fr. Jacques Dombasle (1933), Paris, Gallimard, 1980, p. 264. (Le caractère de nécessité ou de simple possibilité de la coïncidence entre ce qui est toléré et ce qui est réprouvé donne lieu à un désaccord apparent entre Mme Mendus et Mme Canto-Sperber : v. Monique Canto-Sperber, *op. cit.*, spéc. p. 131).

47 On préfère plus souvent réserver le nom de *paradoxe de la tolérance* à une autre aporie, proche mais distincte de celle indiquée au texte : « Le paradoxe de la tolérance est moins connu : une tolérance illimitée a pour conséquence fatale la disparition de la tolérance. Si l'on est d'une tolérance absolue, même envers les intolérants, et qu'on ne défende pas la tolérance contre leurs assauts, les tolérants seront anéantis, et avec eux la tolérance » (Karl Popper, *La Société ouverte et ses ennemis* [1979], trad. fr. Jacqueline Bernard et Philippe Monod, 2 t., t. 1er *L'Ascendant de Platon*, Paris, Seuil, 1979, chap. 7, note 4, p. 222). Rapp. Vladimir Jankélévitch, *op. cit.*, II, p. 92-93 ; André Comte-Sponville (à qui nous devons les deux références précédentes), *op. cit.*, p. 213-216 ; Monique Canto-Sperber, *op. cit.*, p. 133-134.

sot de dire des sottises ? Je devrais, sous prétexte de tolérance, le laisser croupir dans son erreur ? Il y a là un cas de conscience philosophique qu'on ne peut minimiser ni traiter par-dessus la jambe, quelque respect qu'on ait pour la tolérance. Ce débat vient d'un conflit métaphysique, d'une collision de valeurs, d'un désordre constitutionnel ; la contradiction ne peut se résoudre ici que par des approximations, et à condition que l'on n'aille pas jusqu'au fond des choses. Le conflit se produit entre la dignité et la liberté de la personne, qui sont infiniment respectables, et la vérité, qui ne l'est pas moins : on ne transige avec aucune de ces deux valeurs également sacrées et estimables. Comment sortir de ce dilemme ? ⁴⁸.

« Si l'on interprète la tolérance comme relative à ce qu'on désapprouve moralement, et si l'on admet aussi que la tolérance est un idéal moral, on se trouve alors confronté à un paradoxe considérable : comment expliquer qu'il peut être moralement juste de permettre des choses qui sont considérées comme moralement mauvaises ? » ⁴⁹.

25.- Cette aporie, aux termes de laquelle « il serait [...] moralement bon d'accepter ce qu'on croit être moralement mauvais » ne se résout qu'à deux conditions : 1°- Il faut distinguer irréductiblement la morale du sujet dont la tolérance est en question et la morale de celui dont le comportement est en cause ⁵⁰ ; 2°- Il faut affirmer l'existence d'un seuil de tolérance, c'est-à-dire soutenir que « Jusqu'à un certain point, c'est un bien de tolérer le mal ; mais une fois ce seuil franchi, ce n'est plus un bien de tolérer le mal, c'est un mal, presque aussi grave que de le commettre » ⁵¹ ; et que cette intolérance est « un moindre mal » ⁵², ce qui suppose une mise en balance des deux maux — le mal de laisser commettre le mal (fût-ce le mal commis par autrui), et le mal de ne pas laisser faire autrui (fût-ce lorsqu'il commet le mal).

26.- Pour obtenir plus de détails, il faut légèrement changer les termes de la question et passer de la tolérance à la complicité dans la commission du mal et à la limite du devoir d'obéissance. Au demeurant, cette transition est suggérée par les auteurs eux-mêmes ⁵³.

48 Vladimir Jankélévitch, *op. cit.*, II, p. 91.

49 Suzan Mendus, *loc. cit.* Rapp. : la formulation que Hans-Jürgen Sonnenberger (« Sind die familienrechtlichen Artikel des EGBGB mit dem Grundgesetz vereinbar ? [Erwiderung] », *Monatsschrift für deutsches Recht* 1964.283-285, spéc. 284) donne de la question de l'existence même du droit international privé, considéré dans ses rapports avec la Constitution [trad.] : « Le législateur allemand peut[-il], par la désignation d'un droit étranger, ordonner à ses organes d'application du droit d'appliquer des normes substantielles que lui-même ne pourrait pas édicter [?] », cette question appelant une réponse affirmative.

50 Vladimir Jankélévitch, *op. cit.*, II, p. 94-96, 100, 102-103, 104.

51 Monique Canto-Sperber, *op. cit.*, p. 133.

52 Vladimir Jankélévitch, *op. cit.*, II, p. 93.

53 Vladimir Jankélévitch, *op. cit.*, II, p. 94 ; André Comte-Sponville, *op. cit.*, p. 212-213.

27.- De même que l'une des apories connues sous le nom de paradoxe de la tolérance revient à laisser disparaître la tolérance sous les assauts de ce qu'elle tolère⁵⁴, de même existe-t-il un paradoxe du droit de résistance, qui, s'il était reconnu par l'autorité publique, laisserait disparaître celle-ci sous les assauts de ceux qui lui résistent :

« L'autorité publique peut-elle prévoir les moyens juridiques de sa destruction en livrant le droit à une multitude d'interprètes pouvant chacun prétendre en détenir l'interprétation « vraie » — ce qui est le présupposé de tout droit de résistance ? On imagine mal, en effet, l'État saper ses propres fondements »⁵⁵.

28.- Et de même que le premier paradoxe naît de l'unité morale entre l'État qui tolère et l'agent dont le comportement est toléré, de même le second paradoxe naît-il de l'unité juridique entre l'autorité qui accorde un droit de désobéissance et l'agent qui désobéit (unité juridique qu'indiquent les mots *autorité PUBLIQUE* et *DROIT de résistance*). Que se rompe cette unité, et le paradoxe disparaît ; mais alors la désobéissance n'est plus un DROIT (en tout cas, elle cesse d'être garantie par le droit auquel on désobéit⁵⁶), et l'État tolérant cesse de rendre moral ce qu'il tolère.

29.- Si l'on passe à présent du point de vue de l'État, qui peine à définir lui-même la mesure dans laquelle on pourrait lui désobéir, au point de vue de l'agent qui reconnaît la moralité du devoir d'obéir aux ordres de l'État, le devoir d'obéissance change de sens (ce n'est plus le devoir étatique imposé à l'agent mais le devoir que l'agent s'impose à lui-même), et il n'est plus absurde de s'interroger sur sa limite (de même que lorsque l'on passe de la tolérance en tant que caractère d'un État diversifiant ses attitudes à la tolérance en tant que vertu interindividuelle). La définition de celle-ci relève de l'agent lui-même (que l'État la reconnaisse ou non : ce n'est plus la question). Elle est une affaire de moindre mal :

« Ils [les théologiens catholiques] distinguent en effet la résistance passive, qui réside dans le fait de ne pas exécuter un ordre tant qu'on n'y est pas contraint, et la résistance défensive, où l'on s'oppose par la force à un acte, et la résistance agressive individuelle ou collective, c'est-à-dire le tyrannicide ou l'insurrection, quand le sujet prend l'initiative de l'insurrection. Ces degrés dans la résistance sont justifiés par l'idée empruntée à saint Thomas que "l'exercice de la résistance ne doit causer aucun trouble

54 V. *supra*, note 47.

55 Éric Desmons, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, th. Univ. Paris II (1994), Paris, LGDJ, 1999, p. 2. *Adde* : p. 32.

56 *Idem*, p. 46.

ou scandale dont la nocivité serait supérieure au mal de la soumission” (J. Dabin, *La Philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, Sirey, 1929, p. 728). Cette condition essentielle du droit de résistance détermine les formes que la résistance peut revêtir »⁵⁷.

30.- Un autre point commun entre les limites et conditions de la tolérance, en tant que vertu interindividuelle, et les limites et conditions du devoir moral d'obéissance à des normes étatiques par lesquelles se perpète le mal est l'importance de l'auteur de ce qui est toléré ou de ce à quoi l'on obéit. Il est couramment fait observer que le régime de Vichy, en engageant une compétition criminelle avec l'occupant allemand dans la persécution antisémite⁵⁸, a diminué la faculté d'indignation que cette persécution suscitait au sein de la population française.

31.- Il y a là suffisamment d'indices de la pertinence d'un rapprochement entre les limites et conditions de l'obligation qu'un ordre juridique s'impose de donner effet aux normes d'un autre, d'une part, et, d'autre part, les limites et conditions du devoir moral de tolérance, du devoir moral d'obéissance et du seuil à partir duquel commence la complicité répréhensible. Ce rapprochement ne doit pas être exclusivement pluraliste : la présence, de part et d'autre, de paradoxes, et l'inaptitude de certaines représentations des choses à rendre compte des limites recherchées, incitent à élaborer, sur le modèle du diptyque de théorie juridique utilisé ci-dessus⁵⁹, un second diptyque, cette fois de morale et d'éthique, qui opposerait une représentation moniste et une représentation pluraliste de la morale. Il n'est pas déraisonnable de s'attendre à ce que chacune des deux colonnes ait une part de pertinence, et que le mélange des deux colonnes soit la cause de paradoxes, d'apories, de cercles vicieux et d'autres problèmes encore.

32.- En morale et en éthique, c'est-à-dire en science de la morale, le monisme et le pluralisme pourraient être très brièvement exposés de la façon suivante :

57 *Idem*, p. 2, note 2. Sur l'idée de moindre mal en tant que paradigme du jugement moral porté sur le maintien en place des autorités administratives belges sous l'Occupation (1940-1944), v. : Didier Boden, *op. cit.*, note 1394. V. aussi *supra*, n° 25.

58 Didier Boden, *op. cit.*, note 1401 et les renvois à : Claire Andrieu, « L'“aryanisation” et les finances extérieures. L'activité de la direction des Finances extérieures et des changes », in Dominique Gros (dir.), *Le Droit antisémite de Vichy*, actes du colloque de Dijon (1994), *Le Genre humain*, n° 30-31, Paris, Seuil, 1996, p. 267-301, spéc. p. 272-285 ; Roger O. Paxton, *La France de Vichy, 1940-1944*, Paris, Seuil (1973) Points Histoire, 1974, p. 143, 219, 277-285 et 353 ; Michaël R. Marrus et Roger O. Paxton, *Vichy et les Juifs* [Paris : Calmann-Lévy, 1981], Paris, Le Livre de Poche, 1993, p. 7 ; Benjamin Constant, « Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France » [avril 1815, pendant les Cent Jours], rééd. in Benjamin Constant, *Œuvres politiques*, Paris Gallimard « Folio-Essais », 1997, p. 302-588, spéc. p. 319 ; Robert Badinter, « Peut-on être avocat quand on est juif en 1940-1944 ? », in Dominique Gros (dir.), *op. cit.*, p. 143-151, spéc. p. 151.

59 V. *supra*, n° 15.

α.- Monisme

- α.1.- Il n'y a qu'un seul bien suprême. Un acte ne peut pas être à la fois bon et mauvais. Il est bon ou non selon qu'il se rapporte ou non à ce bien suprême. Son rapport au bien et au mal est sa valeur morale (bonne ou mauvaise).
- α.2.- Le bien étant unique, il n'est pas nécessaire de préciser que la valeur morale d'un acte n'a de sens que par rapport à ce bien.
- α.3.- Rapporter la valeur morale de tout acte au bien suprême ne peut se faire immédiatement ni sans ordre. Il y a une hiérarchie des valeurs morales, qui permet de les ordonner selon leur importance et de déduire leur moralité (c'est-à-dire de les reconnaître en tant que valeurs morales) selon la possibilité de les rapporter à une valeur morale intermédiaire, dès lors qu'aucune valeur morale supérieure ne s'y oppose.
- α.4.- De ce qui pourrait apparaître comme d'autres valeurs morales, on dira simplement l'une des deux choses suivantes : soit elles sont réductibles à la première morale (celle qui a le bien suprême à son sommet) et alors c'est d'elle qu'elles tiendront leur moralité ; soit elles y sont irréductibles, et alors elles ne seront revêtues d'aucune moralité.
- α.5.- Toute valeur morale qui commande de donner effet à une valeur externe *revêt celle-ci de moralité*. Elle la moralise, elle habilite les agents à s'y conformer, elle se l'approprie. De même peut-on dire que la moralité de la fin moralise les moyens : ce qui pourrait sembler moralement neutre, ou même déplorable, acquiert une valeur morale positive dès lors qu'il est un moyen de réaliser un bien supérieur.
- Il ne saurait être bien de reconnaître ce qui est mal. En revanche, c'est un devoir pour un agent de reconnaître la partie de la morale unique mais diversifiée qui concerne spécifiquement un autre agent (v. *infra*), dans les limites que la hiérarchie des normes impose à cette partie spécifique. Mais il n'y a aucun degré dans tout cela : une valeur, même dotée

β.- Pluralisme

- β.1.- Il y a autant de morales que d'agents doués de la faculté de juger. Il est possible que ce qui est bien pour l'un soit mal pour l'autre.
- β.2.- La question de la valeur morale d'un acte n'a de sens que par rapport à la morale d'un agent. Il faut donc préciser aux yeux de quel agent tel ou tel acte est bon ou mauvais.
- β.3.- La morale ne se réduit pas à une hiérarchie de valeurs (sans l'exclure cependant). La cohérence d'un ensemble de valeurs morales et son aptitude à ne pas déclarer bon tout acte peuvent résulter d'autre chose que d'une hiérarchie. Le choix entre deux valeurs morales commandant de façon générale des actes incompatibles peut relever d'une casuistique peu compatible avec l'idée de hiérarchie.
- β.4.- La moralité des valeurs d'un agent ne relève pas d'une morale qui ne serait pas la sienne. À cet égard, il est indifférent que ce qui est bien pour l'un soit mal pour l'autre.
- β.5.- En acceptant d'accorder un certain effet aux valeurs d'un autre (en lui obéissant, en se faisant son complice, en prêtant la main à son action, etc.), un agent ne rend pas bonnes à ses yeux les valeurs de l'autre. Il ne se les approprie pas. Mais cet effet est lui-même un acte de cet agent, qui, à ses propres yeux, est bien ou mal.
- Il peut être bien à ses yeux (mais jusqu'à un certain point seulement) de prêter la main à ce qui aurait été mal s'il s'était agi de soi.
- C'est une question de degré, et nullement de validité (par hypothèse, la valeur de l'autre à laquelle on prête la main est bonne aux yeux de l'autre), ni de domaine de validité (par hypothèse, la valeur d'autrui, considérée sous l'angle de la main qu'il s'agit de lui prêter, n'empiète pas sur

α.- Monisme

d'un domaine de validité spécifique, est valide ou non. Il y a des limites (hiérarchiquement imposées) à la validité, et donc au devoir de reconnaissance ; mais il n'y a pas de degré.

- α.6.- La hiérarchie des valeurs peut donner lieu à une diversification des valeurs subordonnées. Cette diversification peut résulter d'une *habilitation*, d'une *liberté accordée* (ce que les agents habilités trouveront bon sera bon), ou d'une *spécialisation des valeurs* (ce qu'il est bon que les enfants fassent, il n'est pas bon que les adultes le fassent, etc.). Il n'y a pas de conflit car chacune des valeurs incompatibles qui verraient ainsi le jour ne vaudrait que dans une certaine mesure, sans chevauchement (elles ont chacune leur orbite). Le sommet de la hiérarchie est commun à tous les agents, et nulle valeur non commune ne vaut en dehors des limites que lui assigne le sommet de la hiérarchie. En cela, la diversité est ordonnée.
- α.7.- La tolérance caractérise la hiérarchie des valeurs qui comporte une diversification. La limite de la tolérance est la limite que la hiérarchie des valeurs impose à l'orbite d'une valeur. Il ne faut pas reconnaître la moralité des prétendues valeurs qui sont contraires à la hiérarchie des valeurs (par exemple si et dans la mesure où ces prétendues valeurs excèdent leur orbite, c'est-à-dire leur domaine, de validité).
- α.8.- En revanche, les agents relevant de cette hiérarchie de valeurs doivent reconnaître réciproquement les valeurs spéciales qui découlent valablement des valeurs supérieures. Si un agent refusait une telle reconnaissance, s'il refusait aux autres le bénéfice de ce qu'il réclame pour lui-même, il bafouerait les valeurs supérieures dont procède la valeur à tolérer, et, ce faisant, il nierait les fondements de sa propre morale (c'est-à-dire de l'unique morale, mais dans la partie de la diversification qui le concerne). Il se contredirait lui-même.
- α.9.- Relation purement hiérarchique, la tolérance a une limite dont le dépassement se détermine par comparaison générale

β.- Pluralisme

ce que l'agent tolérant s'impose de faire sans égard aux autres), ni d'automatisme de la reconnaissance des valeurs valides des autres (ce serait renoncer à soi).

- β.6.- La diversité des valeurs, d'un agent à l'autre, n'est soumise à aucune valeur commune, ni à aucune hiérarchie commune. Des conflits peuvent naître de la volonté des uns et des autres de mettre simultanément en œuvre leurs valeurs respectives. Ils peuvent aussi naître de la disposition d'un agent à prêter la main à des valeurs qui sont celles de plusieurs autres agents et qui sont incompatibles entre elles. Par ailleurs, la liberté, en tant que caractère de la faculté de juger, ne saurait être *attribuée* par un agent à un autre. Si autrui est doté d'une telle faculté, l'on ne peut qu'en prendre acte (ou ne pas en prendre acte, mais cette attitude ne la fera pas disparaître).
- β.7.- La tolérance caractérise une morale (l'ensemble des valeurs morales d'un seul et même agent) qui prône de prêter la main aux valeurs des autres morales, même lorsque celles-ci contrastent avec les valeurs de cet agent, dès lors en tout cas que cette main prêtée à ces valeurs, elle, ne contraste pas excessivement avec les valeurs de l'agent tolérant. La limite de la tolérance est le seuil au-delà duquel ce contraste devient excessif.
- β.8.- En refusant occasionnellement de prêter la main à l'une des valeurs d'autrui, un agent ne bafoue aucune valeur supérieure. Il ne nie pas les fondements de sa propre morale. Il ne se contredit pas. Par ailleurs, il n'y a pas de raison que cette tolérance (considérée positivement ou sous l'angle de sa limite) soit réciproque.
- β.9.- Relation entre morales irréductibles l'une à l'autre, la tolérance a une limite qui dépend de la *cohérence générale* des

α.- Monisme

abstraite de la valeur à tolérer (ou non) et des valeurs supérieures. Si elles sont incompatibles, les valeurs supérieures l'emportent. Cette incompatibilité signifie en effet que les valeurs à tolérer (ou non) ont excédé d'orbite de validité qui leur avait été assignée. La tolérance est donc une question de *délimitation* des domaines de validité (habileté, la valeur concernant un autre agent doit être reconnue par l'agent tolérant ; non habileté, elle ne doit pas être reconnue) déterminée par des valeurs *supérieures*, et de la *non-contradiction, générale et abstraite*, entre ces valeurs supérieures et la valeur au service de laquelle il est question, pour l'agent tolérant, d'accepter ou de refuser de se mettre.

- α.10.- Ce qui vient d'être dit de la tolérance vaut aussi pour l'obéissance, qui est une autre forme de relation hiérarchique entre valeurs (et entre les actes qu'elles commandent). Il faut nécessairement refuser d'obéir à des lois contraires à des valeurs morales supérieures communes à tous les membres de la collectivité. Il y a une loi au-dessus des lois. Ni celles-ci ni celle-là ne relèvent de l'agent dont l'obéissance est en question.
- α.11.- Répondant de son obéissance ou de sa tolérance devant la juridiction des valeurs (pour le dire ainsi), l'agent qui a agi conformément aux valeurs dûment habilitées, mais uniquement à la condition qu'elles soient dûment habilitées, doit être approuvé ; dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire en cas d'action conforme à une valeur non habilitée, il doit répondre de sa mauvaise action, qui fait corps avec la valeur qui l'a inspirée.

β.- Pluralisme

valeurs de l'agent tolérant. Le maintien de cette cohérence générale donne lieu à une casuistique (*individuelle et concrète*) où sont pris en considération la spécificité de l'agent dont les valeurs sont tolérées, la substance de celles-ci, ce en quoi consisterait la main qui leur serait prêtée, et d'autres circonstances encore. La tolérance est refusée au nom d'un *contraste excessif* (qui n'est pas la simple *contradiction* entre valeurs d'égale précision et de substance contraire) entre la main concrètement prêtée aux valeurs d'autrui, d'une part, et, d'autre part, les valeurs de l'agent tolérant dans leur ensemble. On pourrait dire que, lorsque la tolérance est refusée, c'est au nom de valeurs *environnantes*.

- β.10.- Ce qui vient d'être dit de la tolérance vaut aussi pour l'obéissance, qui est une autre forme de relation entre morales. Il ne faut pas nécessairement refuser d'obéir à des lois que l'on désapprouve moralement, mais il faut commencer à désobéir à partir du moment où le contraste entre cette obéissance et ses propres valeurs devient excessif. Seul l'agent dont l'obéissance est en question est à même de déterminer ce moment.
- β.11.- Devant la juridiction de toute morale (y compris la sienne — que l'on songe aux regrets), l'agent qui prête la main à la volonté d'autrui (par tolérance, obéissance ou complicité) répond de son geste non en tant qu'auteur de la volonté d'autrui, mais en tant que son exécutant (ce qui n'est pas la même chose, et qui devrait encore faire l'objet de sous-distinctions). Il a bien ou mal agi selon qu'aux yeux de la morale devant laquelle on le juge moralement, il aurait dû ou non estimer que les limites de la tolérance (ou les limites du devoir d'obéissance, ou le seuil à partir duquel on devient immoralement complice) avaient été franchies. De la même façon, il peut aussi répondre de son refus de tolérer, d'obéir, ou de prêter la main à autrui d'une autre façon.

α.- Monisme

α.12.- Il n'y a qu'une morale. Mais elle est diversifiée et hiérarchisée. En ce sens, elle est parcourue de relations entre valeurs (les valeurs inférieures ne sont de bonnes valeurs que si elles sont conformes aux valeurs supérieures) et entre agents (ce qui est une bonne valeur par diversification entre agents doit voir son domaine de validité reconnu par tous les autres agents).

Il y a des relations dans la morale ; il n'y a pas de relations entre morales (ce serait une contradiction dans les termes, ou, plus précisément : une contradiction entre le mot et son nombre).

β.- Pluralisme

β.12.- Il est donc concevable qu'une morale porte sur une autre, qu'une morale exige d'une qu'autre devienne ce qu'elle n'est peut-être pas encore, ou qu'elle reste ce qu'elle est sur le point de ne plus être (exigences), et que l'agent destinataire de cette exigence ait à répondre devant la première morale de son action non conforme à cette exigence (reproches, responsabilité). Exigences et responsabilité peuvent être internes à une morale (les regrets, par exemple, sont une forme d'auto-responsabilité, ou de reproches qu'on s'adresse à soi-même). Elles peuvent aussi être des relations entre morales. Elles sont très différentes de la tolérance, de l'obéissance et de la complicité (l'exigeant s'immisce dans la morale d'autrui ; le tolérant l'accueille). Toutes peuvent se combiner (exigence de tolérance, exigence d'exigence, tolérance d'exigence, tolérance de tolérance, etc.).

33.- Quelles conclusions tirer de cette recherche sur la tolérance, le monisme et le pluralisme, et sur la pertinence de la métaphore de la tolérance en droit international privé ?

Les propos de morale et d'éthique relatifs à la tolérance peuvent être regroupés en deux ensembles, selon qu'ils ont pour objet, d'une part, une attitude de l'État (ou de la « société ») vis-à-vis de certains de ses sujets et qui consiste en une diversification du comportement étatique par abstention, par spécialisation ou par habilitation, ou, d'autre part, une attitude interindividuelle consistant à ne pas empêcher, alors qu'on le pourrait, l'exercice par autrui d'une activité que l'on n'approuve pas (tolérance passive, obéissance passive, complicité passive), ou à apporter à cette personne une contribution positive à l'exercice de cette activité, alors qu'on pourrait s'en dispenser (tolérance active, obéissance active, complicité active).

Les premiers sont monistes (toute la moralité s'y ramène à une source unique) ; les seconds, pluralistes (la tolérance en tant que vertu interindividuelle n'a de sens que si les morales sont différentes les unes des autres, irréductibles les unes aux autres, et en relations les unes avec les autres).

Un clivage similaire s'observe en théorie du droit en général et en théorie du droit international privé en particulier. De sorte que l'on pourrait dire que la pertinence de la métaphore de la tolérance en droit international privé est établie, quels que soient les termes collationnés. Mais on gagne plutôt à attirer l'attention sur deux similitudes supplémentaires.

Premièrement, il ne fait aucun doute que l'*analogon* de l'exception d'ordre public en droit international privé est la limite de la tolérance active en tant que vertu interindividuelle, et non la limite de la tolérance en tant qu'attitude de l'État (ou de la « société ») vis-à-vis de certains de ses sujets et qui consiste en une diversification du comportement étatique par abstention, par spécialisation ou par habilitation. En effet, l'exception d'ordre public, comme la limite de la tolérance active en tant que vertu interindividuelle, est un refus de prêter main-forte à la volonté d'autrui. Elle est une cessation (unilatérale par sa source et par ses raisons) de la coopération dont bénéficie autrui. Elle n'est pas une exception d'illégalité d'une norme intermédiaire, comme le serait le refus d'un préfet de mettre en œuvre un décret gouvernemental contraire à une directive communautaire, et qui aurait comme *analogon* en morale la réprobation des agissements exorbitants d'un groupement religieux (par exemple) qui seraient autant de ruptures du pacte social (pour employer les mots du langage moral des personnes qui écrivent dans les quotidiens).

Deuxièmement, de même que les paradoxes du droit international privé naissent de l'enchevêtrement de deux théories : celle du monisme-bilatéralisme et celle du pluralisme-unilatéralisme, de même peut-on penser que les paradoxes qui voient le jour en morale et en éthique à propos de la tolérance, de l'obéissance et de la complicité sont provoqués par l'enchevêtrement de deux représentations de leur objet : celle du monisme et celle du pluralisme. Par exemple et par excellence, le paradoxe de l'autodestruction de la tolérance et celui de l'autodestruction de l'autorité de l'État qui permettrait la désobéissance viennent de l'introduction de la pluralité des agents à même de décider de ce qui est bien et de ce qui est mal dans un raisonnement par ailleurs moniste en ce qu'il est précisément exclusif d'une telle pluralité (sans bannir cependant une diversification délimitée).

CONCLUSION

34.- En droit international privé, le pluralisme juridique et le monisme juridique sont deux théories générales du droit qui ont marqué et qui marquent encore l'esprit de certains législateurs, de leurs substituts prétoriens, de commentateurs et de critiques, de plaideurs et d'organes d'application du droit. La part de positivité de chacune de ces deux théories au droit positif peut être mesurée : certaines parties du droit obéissent à la première et d'autres à la seconde. Comme ces deux théories sont incompatibles entre elles, et qu'une théorie est destinée à guider des raisonnements, il résulte de leur influence enchevêtrée dans le droit positif ou dans les discours qui s'y rapportent des paradoxes, cercles vicieux, pétitions de principe, et autres apories. Que ces enchevêtrements viennent à disparaître et ces anomalies argumentatives disparaissent également.

Les spécialistes du droit international privé présentent traditionnellement leur discipline comme le droit de la tolérance (parce que c'est, notamment, le droit de la mise d'un premier État au service des normes d'un second, même différentes des siennes), et l'exception d'ordre public (qui conduit le premier État à refuser d'accorder un effet à la norme du second quand cet effet contraste excessivement avec les principes tirés du droit

du premier) comme la limite de cette tolérance. La mise à l'épreuve de la pertinence de cette comparaison entre cette branche du droit et la tolérance en tant qu'objet d'une partie de la morale et de l'éthique conduit au constat du bien-fondé de cette comparaison. Mais au-delà de ce constat attendu, la vérification menée fait apparaître qu'en morale et en éthique on observe, comme en droit international privé, que le monisme et le pluralisme influencent chacun une partie des discours, que cette influence est parfois enchevêtrée, que de cet enchevêtrement naissent des paradoxes, et que ceux-ci perdent leur caractère paradoxal lorsque prend fin l'enchevêtrement qui leur a donné naissance.

rognac.db@wanadoo.fr
9 rue Fourcade, 75015 Paris