UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE

École doctorale de droit de la Sorbonne
Département de droit international et européen

THÈSE
pour l'obtention du grade de
Docteur en droit de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Présentée et soutenue le 17 décembre 2024
par
Laureline Kergueris

Les normes non étatiques en matière personnelle et familiale internationale

Etude critique des méthodes de droit international privé

DIRECTEUR DE RECHERCHE
Monsieur Sylvain BOLLEE

MEMBRES DU JURY
Madame Léna GANNAGE, Professeure à l'Université Paris 2 – Panthéon-Assas
Madame Clémentine LEGENDRE, Professeure à l'Université de Lorraine
Monsieur Rémy LIBCHABER, Professeur à l'Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne
Monsieur Ralf MICHAELS, Professeur et directeur de l'Institut Max-Planck de Hambourg
Madame Sandrine SANA-CHAILLE DE NERE, Professeure en délégation à l'Université de la Polynésie française

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteure.

A mon père,

à Vincent Heuzé,

et à l'Amour.

Remerciements

Il m'est impossible de ne pas évoquer dès les premières lignes le professeur Vincent Heuzé, qui m'a accompagnée, sans le savoir vraiment, bien avant que ce travail ne commence et qui a permis à cette thèse de naître et de se développer. Qu'il ne soit plus là pour en lire les derniers développements, apporter avec élégance et délicatesse d'imparables critiques, me remplit d'une immense tristesse. Qu'il me soit permis de rappeler sa droiture d'esprit et la rigoureuse cohérence de sa pensée, le subtil équilibre entre ténacité et auto-dérision dont il faisait preuve ainsi que son souci d'inviter chacun, quel que soit par ailleurs son statut, à partager et à faire avancer sa réflexion. Je suis infiniment reconnaissante de ses enseignements qui m'ont profondément marquée. Mes pensées les plus douces vont à ses proches.

J'adresse mes plus sincères remerciements au professeur Sylvain Bollée qui a repris la direction de mon travail sans l'ombre d'une hésitation, à un stade avancé de ma recherche, en conciliant le souhait de ne pas ébranler une construction préexistante et celui de donner un souffle nécessaire, et nouveau, à la fin de ce travail. Sa disponibilité et son accompagnement sur le fond de mon travail m'ont été extrêmement précieux.

Je suis tout particulièrement reconnaissante envers l'Université de Fribourg en Brisgau et l'Institut Max Planck de Hambourg, pour m'avoir permis d'effectuer au sein de leur structure respective des séjours de recherche. Ces séjours n'auraient pu avoir lieu sans le soutien financier du CIERA et du DAAD et m'ont permis d'enrichir de manière considérable mes travaux. Je sais gré au professeur Ralf Michaels d'avoir montré un réel intérêt dans mon travail de thèse.

Merci à mes grands-parents, ma mère, ma tante, Emeline Escafit, Elise Leménager-Bertrand, Lilia Aït Ahmed et Elodie Guerreiro qui avec dévouement, cœur et intelligence ont pris la peine de me relire. Merci à mes amis, de l'un comme de l'autre côté du Rhin, qui m'ont soutenue toutes ces années. J'adresse une pensée toute particulière à Pauline Corre et à Elise Leménager-Bertrand, pour les innombrables sessions de travail en ligne partagées, tout au long du travail de thèse.

Merci enfin à ma famille, qui a traversé la thèse à mes côtés, et à Luca, pour son soutien quotidien, sans faille.

Résumé

Le droit international privé, à la recherche d'un équilibre entre méthodes de reconnaissance et de conflit de lois afin de gérer la « diversité des droits », est majoritairement tributaire du paradigme étatique. La relevance de normes ou ordres non étatiques, discutée en doctrine, connait un engouement particulier dans le contexte actuel de la mondialisation. Elle revêt, en matière personnelle et familiale, une dimension particulière, la famille se trouvant à la croisée de logiques multiples, individuelles, familiales, communautaires, religieuses, étatiques, etc. La matière cristallise nombre de tensions, entre individualisme et cohésion sociale et plus généralement entre droit et culture, liberté et égalité. Plus spécifiquement, l'enjeu est celui de la coordination avec des normes communautaires religieuses ou ethniques bénéficiant d'une effectivité sociale telle qu'un risque d'incompatibilité des différents devoirs de conduite véhiculés par les normes étatiques et non étatiques existe pour les parties au litige international. Penser la relevance de normes non étatiques en droit international privé de la famille appelle la recherche d'une articulation entre exigences de légitimité et d'effectivité de la norme étrangère, qui ne peut faire l'impasse d'une définition de l'ordre non étatique, ainsi que d'une réflexion sur la relation entre ordres étatiques et non étatiques. Les solutions proposées, pensées au regard des objectifs propres à la matière personnelle et familiale, nécessitent un travail de redéfinition important des concepts juridiques, ainsi qu'un examen de l'éventail des méthodes et techniques du droit international privé et de leur possible articulation. Entre remise en cause du nationalisme méthodologique et praticabilité des solutions du point de vue du juge français saisi, il s'agit d'esquisser une voie intermédiaire, caractérisée par le retrait sur le terrain du conflit de lois et une ouverture corrélative des méthodes de reconnaissance.

Mots-clés : pluralisme juridique, approches culturalistes du droit, religion et droit, matière personnelle et familiale, légitimité, effectivité, exception d'incompétence, reconnaissance des situations familiales.

Abstract

Non-State Norms in International Personal and Family Matters - A Critical Study of Private International Law Methods

Private international law, proposing a balance between methods of recognition and conflict of laws to manage the « diversity of laws », is predominantly influenced by the state paradigm. The relevance of non-state norms or orders, discussed in legal doctrine, is gaining particular attention in the current context of globalization. In personal and family matters, it takes on a unique dimension as the family is at the crossroads of various logics : individual, familial, communal, religious, state, etc. This field crystallizes many tensions between individualism and social cohesion, and more broadly between law and culture, freedom, and equality. More specifically, the challenge lies in coordinating with community norms, whether religious or ethnic, that have social effectiveness. This creates a risk of incompatibility between the different codes of conduct conveyed by state and non-state norms for parties involved in international disputes. Reflecting on the relevance of non-state norms in private international family law calls for exploring an articulation between the requirements of legitimacy and the effectiveness of foreign norms. This cannot ignore defining the non-state order and contemplating the relationship between state and non-state orders. The proposed solutions, tailored to the specific objectives of personal and family matters, require a significant redefinition of legal concepts, as well as an examination of the range of methods and techniques in private international law and their possible integration. Between challenging methodological nationalism and the practicability of solutions from the perspective of the French judge involved, it is a matter of outlining an intermediate path. The solution proposed is characterized by a withdrawal from the conflict of laws arena and a correlated opening of recognition methods.

Keywords : Legal Pluralism, Culturalist approaches to Law, Law and Religion, Family Law, Legitimacy, Effectiveness, Lack of Jurisdiction, Recognition of family status.

Plan sommaire

INTRODUCTION 1

PARTIE 1 : La notion de norme non étatique en droit international privé des personnes et de la famille 33

Titre 1 : Penser la notion de norme non étatique à partir des exigences spécifiques du droit international privé 35

Chapitre 1 : Le choix d'une approche fonctionnelle de la notion de norme non étatique en droit international privé 37

Chapitre 2 : Les conséquences générales de l'approche fonctionnelle : premiers éléments de définition de la norme non étatique 95

Titre 2 : Les conditions de relevance des normes non étatiques propres au domaine personnel et familial : la désignation d'une communauté socioculturelle 155

Chapitre 1 : La tension entre identité(s) individuelle(s) et identité collective comme fondement du particularisme de la matière personnelle et familiale 157

Chapitre 2 : La possible tension entre appartenance étatique et appartenance socioculturelle : l'ordre non étatique comme communauté socioculturelle 201

PARTIE II : Le régime de la norme non étatique dans les rapports personnels et familiaux internationaux 251

Titre 1 : La coordination avec la norme non étatique par le retrait du for sur le terrain de la compétence internationale 253

Chapitre 1 : Le choix d'un bilatéralisme revisité 255

Chapitre 2 : L'introduction d'une exception d'incompétence 299

Titre 2 : L'extension du domaine des méthodes de reconnaissance à l'intervention d'une autorité non étatique 357

Chapitre 1 : L'ouverture des méthodes de reconnaissance à l'intervention d'une autorité d'un ordre non étatique 359

Chapitre 2 : Normes non étatiques et mise en œuvre exceptionnelle de la méthode de la reconnaissance des situations 399

CONCLUSION GENERALE 439

Abréviations

aff.	affaire
AJDA	*L'actualité juridique. Droit administratif*
AJ Fam	*Actualité juridique famille*
al.	alinéa
Ann. Rev. Law Soc. Sci.	*Annual Review* of *Law* and *Social Science*
APD	*Archives de philosophie du droit*
art.	article
BGB	*Bürgerliches Gesetzbuch* (Code civil allemand)
c.	contre
CE	Conseil d'Etat
chron.	chronique
Civ. 1 (ou 2, ou 3)	Première (deuxième ou troisième) chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Clunet	*Journal du droit international*
Comp.	Comparer
contra	en sens contraire
Conv. EDH; Convention EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH; CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
c. r.	Compte rendu
D.	*Recueil Dalloz*
dir.	sous la direction de
DP	*Dalloz Périodique et critique mensuel Dalloz*
Dr. Fam.	*Revue Droit de la famille*
Dr. Soc.	*Revue Droit social*
éd.	éditeur, édition
EGBGB	*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* (loi d'introduction au Code civil allemand)
et al.	*et alii*, et autres
Fasc.	Fascicule
GADIP	*Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*
GAJC	*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*
Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
ibid.	*ibidem*
IPRax	*Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (revue allemande de droit international privé)

IPRspr.	*Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts* (recueil allemand de décisions de droit international privé)
JCP	*Semaine juridique*
JCP G	*Semaine juridique - Édition générale*
JDI	*Journal du droit international (Clunet)*
loc. cit.	*loco citato*, à l'endroit cité
LPA	*Les Petites Affiches*
n°	Numéro, numéros
NJW-RR	*Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht* (revue allemande relative aux décisions en matière civile)
not.	notamment
obs.	observations
op. cit.	*opere citato*, dans oeuvre citée
p.	page
pan.	panorama
par.	paragraphe
Préf.	Préface
R.	*Recueil des décisions du Conseil constitutionnel*
RabelsZ	*Rabels Zeitschrift für ausländiches und internationales Privatrecht* (revue allemande consacrée au droit étranger et au droit international privé)
rappr.	rapprocher
RCADI	*Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*
RCDIP	*Revue critique de droit international privé*
RDSS	*Revue de droit sanitaire et social*
Rec.	*Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes/de l'Union européenne*
rec. Penant	*Recueil Penant*
Rev. Arb.	*Revue de l'Arbitrage*
Rev. Soc.	*Revue des Sociétés*
RFDA	*Revue de réflexion et d'approfondissement en droit public*
RG	Rôle général
RIDE	*Revue Internationale de Droit économique*
RTD civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
RTD Com.	*Revue trimestrielle de droit commercial*
RTD eur.	*Revue trimestrielle de droit européen*
s.	suivant(e)s
S.	*Recueil Sirey*
spéc.	spécialement
t.	tome
trad.	traduction, traducteur
Trav. Com. fr. DIP	*Travaux du Comité français de droit international privé*
v.	Aller voir

V°	*Verbo*, à l'entrée
vol.	volume

Ouvrages cités de façon abrégée

- *GADIP* : B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 5ème éd., 2006.

- *Vocabulaire juridique* : Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13ème éd., 2020.

INTRODUCTION

« *A lawyer who has not studied economics and sociology is very apt to become a public enemy* »[1]

1. L'affaire pourrait rappeler des évènements d'une brûlante actualité, mais le lecteur reconnaitra rapidement les faits de l'arrêt *Schwebel* : des époux de religion juive domiciliés en Hongrie et se rendant en Israël divorcent selon les modalités hébraïques, c'est-à-dire par la remise du *guet*[2] et son acceptation devant un rabbin, dans un camp de réfugiés en Italie. La cour d'appel de l'Ontario, le 4 novembre 1963, juge à titre exceptionnel le divorce efficace, au motif que, lors du remariage de la femme quinze ans plus tard, celle-ci était domiciliée en Israël et que la loi israélienne reconnait l'efficacité du divorce rabbinique prononcé en Italie.

Qu'on nous laisse rapprocher de ce cas d'autres espèces, plus ou moins librement inspirées d'affaires judiciaires réelles et sur lesquelles nous reviendrons plus précisément :

- Des individus de nationalité syrienne, se rendant en Angleterre, se marient en présence d'un imam dans un camp de réfugiés en Italie.
- Un conseil rom statue sur le sort de la dot en cas de rupture des fiançailles de deux membres de sa communauté en Allemagne.
- Des Iraniens, domiciliés dans un Etat européen et membres de la communauté bahaïe, non reconnue par l'Etat iranien, se voient appliquer au titre de la loi de leur nationalité le droit iranien d'inspiration musulmane chiite.

Ces hypothèses ont en commun l'intervention d'un référent non étatique pour les parties, fondant pour celles-ci d'éventuelles prévisions[3]. Par principe et au regard du droit positif, le référent non étatique est tout à fait indifférent pour le for étatique saisi du litige. Ainsi, dans l'affaire *Schwebel*, il a pu être soutenu que les intéressés « *se sentaient déjà liés à leur future patrie* »[4], négligeant toute incidence de la norme religieuse. L'immense majorité des interventions d'autorités ou de normes non étatiques restent, pour le for européen, parfaitement invisible. Quelques rares prises en compte de points de vue non étatiques existent toutefois. L'appartenance religieuse ou communautaire est ponctuellement traitée comme une conviction, éventuellement religieuse, sur le terrain des libertés et pourrait trouver un terrain d'expression au sein de l'exception d'ordre public international. Sur le terrain plus spécifique des méthodes du droit international privé, certaines « décisions »

[1] Justice Louis Brandeis, 1916, tel que cité par L. ROSEN, *Law as Culture*, *An invitation*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2006, p. 198.
[2] Document actant le divorce religieux selon les normes hébraïques, octroyé par le mari et permettant à la femme de se remarier religieusement.
[3] La question de la légitimité de celles-ci sera développée tout au long de ce travail. V. not. *infra* n°100 et s.
[4] Rapportant cette idée : E. RALSER, compte-rendu de l'ouvrage de B. VOIT, « "Heilung durch Statutenwechsel" im internationalen Eheschliessungsrecht », *RCDIP* 1999, p. 639.

d'instances religieuses ou communautaires peuvent être qualifiées de sentences arbitrales[5] et certaines situations « cristallisées » au regard de « normes » religieuses ou communautaires peuvent se voir reconnues par le biais de la méthode de reconnaissance des situations. Toutefois, lorsque la communauté en cause est reconnue par l'Etat étranger dont la loi est applicable, la « norme » non étatique accède au rang de « loi » applicable. A titre d'exemple, les normes de la communauté chrétienne maronite, reconnue au Liban mais non en Syrie, ont un statut différent en fonction de la loi étatique désignée. L'adoption du point de vue de l'Etat étranger connait des mérites certains, mais soulève certaines interrogations lorsqu'on peut douter de la légitimité et/ou de l'effectivité de celui-ci. Par ailleurs, l'appartenance non étatique répondrait « *à une véritable aspiration à la fois identitaire et éthique touchant tous les domaines du droit* »[6], qui pourrait être plus importante en situation de mouvements migratoires de grande ampleur, davantage « subis » que « choisis ».

2. S'intéresser aux normes non étatiques s'inscrit dans un contexte de remise en cause des « *bases institutionnelles sur lesquelles le monde d'hier s'était progressivement édifié* »[7], notamment celles de l'Etat-nation[8]. Le mouvement aujourd'hui dominant, et sur lequel se concentrent les études récentes, consiste à voir les Etats « *vid[és] de leur substance par le haut* »[9] et à se concentrer sur les ensembles supranationaux, soit généralement sur l'influence de l'Union européenne et de la Cour de Strasbourg, ou bien sur les ensembles dits transnationaux, se développant davantage au surplomb des Etats qu'entre eux[10]. A contre-courant de la pensée juridique actuelle, c'est vers le bas que nous nous proposons de voyager, en tentant de saisir, pour les besoins du droit international privé, les communautés humaines[11].

Cette recherche peut se heurter à un certain scepticisme : le droit international privé, traditionnellement conçu comme organisant la coordination des différents droits, serait précisément lié au phénomène étatique[12]. Il est permis d'en douter, tout en gardant à l'esprit que si

---

[5] Les réflexions se concentrent surtout sur l'arbitrage confessionnel. V. not. : Ch. LEBEN, « L'arbitrage par un tribunal rabbinique appliquant le droit hébraïque », *Rev. Arb.*, 2011-1, p. 87 ; F.-X. LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. Arb.*, 2013-1, p. 57.

[6] F.-X. LICARI, *op. cit.*, spéc. p. 62.

[7] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, 2015, vol. 387, 2015, p. 9, spéc. n°397, p. 625.

[8] Sur le sujet : J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Préf. C. Grare-Didier, Paris LGDJ, 2011.

[9] Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°397, p. 626.

[10] V. ainsi la littérature sur le *Global Law*, citée *infra* n°3 en note de bas de page.

[11] Ce mouvement vers le bas est celui emprunté par de nombreux juristes-sociologues, dont l'éminent Ehrlich (v. *infra* n°28). On notera les travaux récents et particulièrement pertinents de S. BRACHOTTE (« Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297).

[12] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination entre ordres juridiques étatiques en droit privé «, *RCADI*, 2003, vol. 327, p. 9, spéc. p. 23, n°1 : « *[l]a coordination entre ordres juridiques étatiques : c'est, selon une vue répandue, l'objet même du droit international privé* « ; E. RALSER, « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ – Droit prospectif* 2003-4, p. 2547, spéc. p. 2568 : « *[l]e droit international privé […] part en principe de la division du monde en Etats souverains* ». Le droit international privé peut aussi être défini comme un « *instrument de rapprochement des peuples et cultures* » (Ph. FRANCESCAKIS, « Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante », *RCADI* 1964, vol. 112, p. 269, spéc. n°90, p. 358). Cette définition, peu usuelle, montre la difficulté de saisir le droit international privé dans son entièreté ; la finalité de la matière, son domaine comme sa technique, ont fait l'objet d'évolutions historiques et de controverses doctrinales importantes. Dès lors, « *la doctrine, ayant employé le mot, demeure incertaine lorsqu'il s'agit de formuler une définition* » (Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10ème éd, 2013, p. 1, n°1, la citation n'est pas reprise dans la dernière édition du Précis).

le phénomène étatique n'a pas toujours existé et connait de profondes mutations[13], il n'en reste pas moins d'une importance centrale en droit international privé, qu'on ne saurait rejeter[14]. Il s'agit alors de trouver une voie intermédiaire, ne pouvant échapper aux critiques relatives à la construction d'un entre-deux[15].

3. La prise en compte de phénomènes non étatiques en droit international privé n'est toutefois pas un exercice révolutionnaire : si le droit positif n'admet que dans des hypothèses exceptionnelles l'accueil[16] d'une norme non étatique (comme loi applicable par le biais du droit étatique étranger lors de la résolution des « conflits internes »[17], par l'application de la loi d'un Etat non reconnu[18] ; par la reconnaissance de certaines sentences arbitrales, comme celles rendues par le tribunal arbitral du sport[19] ou d'un tribunal rabbinique[20]), la doctrine s'interroge depuis de nombreuses années sur la relevance[21] de corps de règles professionnelles ou scientifiques[22] ou de normes émanant de

---

[13] Sur la naissance du droit international privé au Moyen-Age : H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, Paris, LGDJ, 1993, n°12, p. 22. Sur la nationalisation du droit international privé : P. GLENN, « La conciliation des lois », *RCADI*, vol. 364, 2011, p. 187, spéc. n°53, p. 254.

[14] V. par exemple, sur l'importance de l'Etat dans le « transnational » : R. MICHAELS, « State Law as a Transnational Legal Order », *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 1, 2016, p. 141.

[15] Pour une approche plus radicale, v. les travaux de S. BRACHOTTE, *op. cit.*

[16] La prise en considération est ici écartée, n'étant pas un mécanisme propre au droit international privé. Il s'agit cependant d'un outil usité par le droit étatique permettant une « coordination » avec les normes et ordres non étatiques. Plaidant pour une revalorisation de cette technique, H. MUIR WATT, « Private international law beyond the schism », *Transnational Legal Theory,* 2011, vol. 2, n°3, p. 347, spéc. p. 416 : « *The resource that unilateralism has to offer here is known as « incidental application » (or 'prise en considération'), which constitutes a formidable tool for reconnecting heterogeneous norms. It is often the case that a non state norm is undoubtedly relevant but formally inapplicable in the sense that it does not meet the "entry requirements" set up by private international law – such as belonging to private law, being of state origin, being valid under public international recognition standards. (…) the tool of 'incidental application' allows for the recognition of the relevance of norms originating in another legal order, and otherwise, deprived of any official currency* ». V. aussi : D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Univ. Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2002, T. 1, n°131 et s., p. 175 et s. ; E. FOHRER DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008 ; E. PATAUT, « Soft law et prise en considération. Quelques remarques à partir du droit social international », *in* P. Deumier, J.-M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018, p. 349.

[17] Il convient de noter que c'est par l'intermédiaire du droit étatique désigné, et seulement si celui-ci revêt un caractère religieux, que ces normes sont appliquées sur le terrain du conflit de lois. V. ainsi par exemple : Civ 1, 22 nov. 2005, n°03-12.224, *JDI* 2006, n°3, p. 16, note I. BARRIERE BROUSSE. *Idem* : L.-L. CHRISTIANS, « La *charia* désétatisée : usage collectif et conscience individuelle en Belgique (et en France) », *in* B. Dupret (éd.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique.* La Découverte, 2012, p. 227. V. sur l'interaction entre droit laïc et droit religieux : M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *RCADI* 1987-III, vol. 203, spéc. p. 412. ; P. GANNAGE, « Le juge civil face aux droits religieux », *in De Tous Horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 247.

[18] Civ. 1, 2 novembre 1971, *Clerget*, v. notamment *Clunet* 1972, p. 267, note R. PINTO pour la compétence internationale ; Civ. 1, 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff*, *GADIP*, n°52, p. 479 et s., *RCDIP*, 1975, p. 426, note Y. LOUSSOUARN pour le conflit de lois.

[19] Si l'on considère, avec P. Mayer notamment, qu'il s'agit là d'une norme non étatique relevante (« Le phénomène de la coordination entre ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, 2003, vol. 327, p. 9). V. *infra* n°29.

[20] Par exemple : Civ. 1, 4 mai 2017, n°16-13.645 (*D.* 2017, p. 1283).

[21] V. *infra* n°64 pour la pertinence et la définition de ce terme.

[22] Pour ne citer que quelques exemples épars : Max-Planck-Institut für Auslandisches und Internationales Privatrecht, « Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization », *Rabels Zeitschrift* (68) 2004, p. 1 ; P. LAGARDE, « Approche critique de la lex mercatoria », *in Mélanges B. Goldman, Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1987, p. 125 ; D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Préf. H. Muir Watt, Paris, LGDJ, 2008 ; et récemment : D. BUREAU, H. MUIR WATT, « Un contrat de coopération commerciale ne peut être régi par les Principes Unidroit choisis par les parties », *RCDIP*, 2023, p. 475.

certains « ordres juridiques » ou « communautés » non étatiques[23]. Ces réflexions connaissent un engouement particulier dans le contexte actuel de la mondialisation[24] qui serait précisément caractérisée par un phénomène de « *désétatisation des sociétés et du monde* »[25]. Plus justement, la mondialisation invite à interroger, non premièrement le paradigme étatique[26], mais plutôt le

[23] Pour l'emploi de ces termes, v. respectivement P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.* et H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) », *RCADI*, vol. 389, 2019 (ci-après : « Discours sur les méthodes du droit international privé »).

[24] De manière générale, sur la variation historique du contenu des théories du pluralisme juridique par rapport au phénomène d'étatisation : J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés,* vol. 18 (1), 1986, p. 11. M. HERTOGH distingue quant à lui trois vagues pluralistes : le colonialisme, l'attention portée sur le pluralisme interne et la mondialisation (« What is Non-State Law ? Mapping the other Hemisphere of the Legal World », *in* J. Van Schooten & J.M. Verschuuren (éd.), *The State Legislature and Non-State Law*, 2008, p. 11).

Nous retiendrons de préférence le terme mondialisation, compris comme synonyme de l'anglicisme globalisation (*contra* : H. MUIR WATT, « La globalisation et le droit international privé », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 591). Il existe une multitude d'acceptions de ce terme. Nous nous contenterons ici de se référer à l'intensification des liens à un niveau mondial, à l'augmentation de la vitesse et de la fréquence des échanges, de capitaux, de déplacements de population, d'informations, d'idéologies etc. V. not. : A. GIDDENS, *Runaway World : How Globalization is reshaping our lives*, New York, Routledge, 2000, p. 24 (soulignant l'augmentation des échanges commerciaux, de capitaux, et décrivant l'affaiblissement corrélatif de l'Etat-nation) ; M. EDWARDS, *Future positive: International co-operation in the 21st century*, Londres, Earthscan Publications Ltd, 1999, p. 5 (« *Globalisation challenges the authority of nation states and international institutions to influence events, while the scale of private flows of capital, technology, information and ideas makes official transfers look increasingly marginal* »). Le phénomène n'est peut-être pas nouveau ; il convient cependant d'observer que le terme connait un succès contemporain et est largement utilisé aujourd'hui par différentes disciplines académiques.

« La mondialisation nous rappelle que l'État est limité non seulement par d'autres États et organisations supranationales, mais aussi par des organisations non étatiques (par exemple des ONG), des communautés (par exemple des groupes religieux) et de puissants acteurs privés (par exemple des sociétés multinationales). Tous ces acteurs, d'une manière ou d'une autre, jouent dans la mondialisation des rôles qui étaient traditionnellement réservés à l'État. L'un de ces rôles pourrait être celui de législateur » (R. MICHAELS, « The Re-Statement of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review* 51, p. 1209, spéc. p. 1211, traduction libre).

Ce pluralisme est conceptualisé sous le terme, relativement récent et pouvant à première vue constituer en un oxymore, de « *Global Legal Pluralism* ». V. la littérature sur le sujet et notamment : G. TEUBNER, « Global bukowina : legal pluralism in the world society », *in* G. Teubner (éd.), *Global law without a state*, Aldershot, Dartsmouth, 1997, p. 3 ; R. MICHAELS, *op. cit.* ; N. JANSEN, R. MICHAELS, *Beyond the State, Rethinking Private Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008 ; W. TWINING, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 ; R. MICHAELS, « Global Legal Pluralism », *Annual Review of Law and the Social Sciences*, 2009 (5), p. 243 ; P. S. BERMAN, *Global Legal Pluralism : A Jurisprudence of Law beyond Borders*, New York, Cambridge University Press, 2012 ; B. BONNET (dir. publ.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013 ; R. NOBLES, D. SCHIFF (éd), *Law, Society and Community*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2014 ; R. COTTERRELL, « Does global legal pluralism need a concept of law ? » *in* U. Baxi, C. Mccrudden, & A. Paliwala (éd.), *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts : Essays in Honour of William Twining* (Law in Context), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 303 ; P. S. BERMAN (éd.), *The Oxford handbook of global legal pluralism*, Oxford University Press, 2020. En langue française, v. notamment : F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, p. 9, spéc. n°231 et s., p. 335 et s.

Le concept de « *Global Legal Pluralism* » recoupe toutefois des conceptions radicalement distinctes : « *We can observe two converging developments, which lead to two different concepts of global legal pluralism. The first of these developments originates in the concept of legal pluralism as developed in anthropology and sociology and adds globalization as an element. The second development, situated in legal theory and doctrine, starts from globalized law and adds legal pluralism. Both combine pluralism and globalization, but both still display their different origins* » (R. MICHAELS, « Global Legal Pluralism », *op. cit.*, spéc. p. 245).

[25] J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, LGDJ, 2006, p. 24.

[26] Pour une présentation en détails de ce paradigme en droit international privé, v. J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation…, op. cit.,* n°44, p. 22.

nationalisme méthodologique[27] et son caractère équivoque[28]. Celui-ci correspond au postulat de l'existence d'un cadre d'analyse unique, reposant sur « *la concaténation de l'Etat et de la nation, de la nation et du territoire, du territoire et du peuple, et* in fine *de l'Etat nation et de la société* »[29]. L'Etat-nation est ainsi « *essentialis[é]* », son « *homogénéité politique et culturelle* » supposée, fondant son érection en « *unique lieu de l'exercice du pouvoir politique légitime* »[30] et ainsi en unique législateur envisageable, ou en unique « lieu du droit »[31] concevable.

Le nationalisme méthodologique s'exprime dans de multiples disciplines[32] ; le droit français, et plus généralement occidental, n'échappe pas à la règle et se conçoit majoritairement en référence à l'Etat-nation. On peut ainsi mentionner, à titre d'exemple, la distinction cardinale entre le droit interne et le droit international ; la source étatique des normes de droit privé ; la conception classique du droit international comme un droit inter-étatique[33]. Plus spécifiquement, le droit international privé s'inscrit également dans cette perspective : conçu pour les litiges interindividuels « internationaux », le principe de solution est le rattachement du litige à la loi d'un Etat[34].

---

[27] « *Le concept de nationalisme méthodologique est apparu la première fois en 1974 pour désigner l'attitude du sociologue qui verrait l'Etat-nation comme l'unité de référence pour expliquer les phénomènes sociaux. Cette intuition méthodologique empêche de considérer à leur juste valeur les interactions et les relations par-delà et en deçà des frontières, elle ne donne à voir que la face nationale d'un phénomène* » (B. BOUDOU, « Nationalisme méthodologique », *in* P. Mbongo, F. Hervoët, *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*, C. Santulli, Paris, Berger Lerault, 2014, p. 649, spéc. p. 649).
V. sur le sujet, entre autres : B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01 (https://centreperelman.be/comment-penser-le-droit-global/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024) ; R. MICHAELS, « Globalization and Law : Law Beyond the State », *in* R. Banakar & M. Travers (éd.), *Law and Social Theory*, 2ème éd., Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 287 ; M.-C. PONTHOREAU, « La fin du nationalisme méthodologique », *in Entre les ordres juridiques : Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, Poitiers, Presses universitaires juridiques, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2015, p. 157 ; S. BRACHOTTE, *op. cit.*, qui inscrit ces travaux au sein du mouvement de « décolonisation du droit » (*decolonial legal studies*).
L'Etat-nation fait l'objet de nombreuses critiques et « *[q]ue l'on s'en inquiète ou que l'on s'en félicite, il est fréquent aujourd'hui de considérer que l'État-nation, en tant que forme politique, parvient au terme d'une histoire fort longue et riche en réussites notables, mais aussi en drames et catastrophes divers* » (P. SAVIDAN, « La constellation post-nationale et l'avenir de l'État libéral », *in* A. Dieckhoff (éd.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme.* Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, p. 63, spéc. p. 63).
[28] Selon B. BOUDOU (*op. cit.*) des entités différentes peuvent être comprise sous l'idée de nation : le peuple souverain (démocratie), le groupe de citoyens (Etat de droit), un ensemble socialement solidaire (Etat providence) et la communauté partageant une histoire commune (la nation culturelle). Plus spécifiquement en droit international privé : P. MAYER, « L'Etat et le droit international privé », *Droits*, vol. 16, 1992, p. 33.
[29] B. BOUDOU, *ibid.*, spéc. p. 649.
[30] B. BOUDOU, *ibid.* Sur la dimension politique de « l'ordre juridique » et son identification à l'Etat, v. B. FRYDMAN, *op. cit.*, spéc. p. 8 : « *le concept d'ordre juridique ne comporte pas seulement une dimension logique (un ensemble ordonné et complet de règles cohérentes), en l'espèce problématique, mais également une importante dimension politique, dont la pertinence doit être évaluée à l'horizon global. L'ordre juridique est, en effet, très généralement compris et utilisé, comme un ordre institué, un ordre instauré ou garanti par une autorité, mieux encore par une autorité souveraine, dont le type exemplaire, sinon unique, est l'Etat. En ce sens, la notion d'« ordre » renvoie au moins autant à celle de commandement, imposé par le pouvoir à ses sujets à peine de sanction, qu'à celle de système* ».
[31] « *[F]aute de savoir ce qu'est le droit, il faudra se contenter de savoir où il est* » (Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, n°46, p. 80 ; l'expression n'est pas reprise dans l'édition de 2002) ; B. FRYDMAN, *ibid.*, et notamment tel que cité dans la note précédente ; rappr. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.
[32] Par exemple : A. WIMMER, N. GLICK SCHILLER, « Methodological Nationalism and Beyond : Nation-State Building, Migration and the Social Sciences », *Global Networks*, 2002, p. 301.
[33] V. sur l'ensemble de ces points : R. MICHAELS, « Globalization and Law : Law Beyond the State », *op. cit.*, spéc. p. 290 et s. ; J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Préf. C. Grare-Didier, Paris LGDJ, 2011, et tout particulièrement n°44, p. 22.
[34] « *On sait que la doctrine traditionnelle voyait l'objet spécifique du droit international privé dans les rapports entre les lois de différents Etats souverains et indépendants ; plus précisément, dans le conflit de différentes lois quant au règlement d'un cas donné. La règle du droit*

Une remise en cause du nationalisme méthodologique ne saurait ainsi nécessairement aboutir à nier le rôle de l'Etat, mais mène à concevoir le droit sans référence automatique et non justifiée à celui-ci. Plusieurs alternatives conceptuelles, présentées ici de manière non exhaustive[35], ont pu être proposées en doctrine :

- Pour une perspective macroscopique : ordre juridique au sens romanien[36], communauté[37], réseau[38], système[39], gouvernance mondiale[40].

- Pour une perspective microscopique : norme[41], « *jurème* »[42], juridicité[43].

---

international privé, suivant une telle doctrine, devrait opérer le choix parmi les différentes lois en concours dans chaque cas particulier, ce qui se traduirait en une vraie détermination des sphères respectives de compétence législative des différents Etats » (R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, t. 58, 1936, p. 243, spéc. p. 251 et s.).

35 Nous renvoyons notamment le lecteur au concept de « force normative » (C. THIBIERGE, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009).

36 V. *infra* n°82. Pour une application récente aux ordres religieux : S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022.

37 R. COTTERRELL, « A Legal Concept of Community », *Canadian Journal of Law and Society*, Fall, vol. 12, n°2, 1997, p. 75 ; récemment, et en droit international privé : H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*.

38 F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 14 : « *[a]vec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté […] ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme […] ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi […]) ; les systèmes juridiques […] s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique […], se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée que d'axiomes a priori ; la justice, enfin, […] s'appréhende en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables* ». V. aussi O. PEREZ, « Using private-public linkages to regulate environmental conflicts : the case of international construction contracts », *Journal of Law and Society,* vol. 29, 2002, p. 77, spéc. 78 ; J. VANDERLINDEN, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 49, 2002/2, p. 11.

39 Par exemple : D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, *op. cit.*

40 La *Commission on Global Governance* définit la gouvernance ainsi : il s'agit de « *la somme des différentes façons dont les individus et les institutions, publics et privés, gèrent leurs affaires communes. C'est un processus continu de coopération et d'accommodement entre des intérêts divers et conflictuels. Elle inclut les institutions officielles et les régimes dotés de pouvoirs exécutoires tout aussi bien que les arrangements informels sur lesquels les peuples et les institutions sont tombés d'accord ou qu'ils perçoivent être de leur intérêt* » (Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 2, traduction libre). B. FRYDMAN, *op. cit.*, p. 9 : « *Les plus réalistes, qui ont bien conscience que nous vivons durablement dans un monde multipolaire, glissent alors du concept d' « Etat mondial » au problème de la « gouvernance globale ». Cette notion de gouvernance, empruntée aux politistes et aux managers, n'est pas sans intérêt et, dans le flou qu'elle affectionne, peut éventuellement servir de cadre adéquat pour décrire certains dispositifs de corégulation. Je lui fais cependant le reproche de mettre par trop l'accent sur les organes, structures institutionnelles et procédures de décision, au détriment des normes, objets et dispositifs eux-mêmes, qui ne sont pas nécessairement produits, nous enseigne la pratique, par les structures de gouvernance inter- ou para-étatiques que l'on met le plus en avant (organisations internationales, G8, G20, etc.). Il s'agit pour nous de ne pas réduire a priori les normativités globales aux sous-produits des institutions plus ou moins officielles de la gouvernance globale* ».
V. également sur le sujet : J.-Ch. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, Paris, La découverte, coll. « Repères », 4ème éd., 2013 ; D. MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

41 Parmi les multiples et différents usages du terme « norme », on retiendra ici à titre d'exemple la classification de R. A. MACDONALD, fonction du comportement des destinataires des normes (« Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives » *in* J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormatité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 233). Les normes sont classées selon deux critères : leur nature implicite ou explicite et leur forme inférentielle ou formulée. Il en vient à créer quatre catégories : les normes manifestes, allusives, routinières et latentes.

42 L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruyland, 2ème éd., 2012.

43 G. TIMSIT, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 95. Selon l'auteur, « *la juridicité n'est pas un état, mais une qualité* » ; on ne saurait déterminer la juridicité d'une norme simplement par l'identification de son émetteur. L'auteur définit la juridicité comme caractère obligatoire, découlant tant des modalités d'énonciation du droit que de celles de son interprétation et de son exécution. La juridicité est donc susceptible de degrés et il n'existe plus de distinction stricte entre droit et non-droit, le droit étant un type d'efficacité spécifique.

Ces approches permettent de se départir d'un cadre d'analyse purement étatique, tout en n'occultant pas nécessairement la possibilité de considérer que si l'Etat n'est qu'une figure parmi d'autres du phénomène normatif, il possède éventuellement certaines qualités le différenciant d'autres manifestations normatives (contrainte, légitimité, vocation d'exhaustivité, universalité, etc.).

L'introduction de nouveaux concepts permettant d'appréhender les normes ou ordres non étatiques, et ce, plus particulièrement en droit international privé, emporte des conséquences majeures sur le plan de la recherche, venant faire douter du caractère « juridique » de l'entreprise menée (I). Une fois celle-ci justifiée et précisée, deux objections fondamentales peuvent, si ce n'est être entièrement levées, être questionnées, permettant de mettre en lumière les enjeux du sujet (II).

I- Un traitement juridique du sujet ?

4. Penser l'ordre ou la norme non étatique questionne les conventions internes de la discipline juridique, celle-ci étant classiquement et fondamentalement fondée sur l'égalité entre droit et Etat (paradigme étatique). L'objet même de la recherche nécessite de repenser cette convention, au moins partiellement. Une telle remise en question appelle inévitablement des réflexions classiquement menées sur le terrain de la théorie du droit, comprise comme l'étude du concept de droit, de celui de norme juridique, des sources du droit et des fonctions juridiques (judiciaire, législative…) et ayant pour objet l'analyse critique du droit et des phénomènes juridiques[44]. Loin d'être cantonné au droit international privé, le sujet provoque ainsi nécessairement l'intégration d'éléments et d'arguments de théorie du droit.

Puisqu'il s'agit d'appréhender des « éléments » qui n'apparaissent que sporadiquement en droit positif, les techniques juridiques que sont l'étude de la pratique judiciaire ou des textes juridiques (commentaire, interprétation judiciaire : recherche de la *ratio legis* du texte, de l'intention du législateur l'ayant édicté, etc.) ne peuvent être que partiellement employés[45]. Le traitement du sujet impliquant alors d'évaluer des propositions juridiques au regard d'objectifs, du droit international privé en particulier mais pouvant, formulés à un certain degré d'abstraction, être plus largement qualifiés de « sociaux » (gestion du pluralisme, préservation d'une cohérence sociale, etc.), le juriste est-il réellement le mieux équipé pour mener la réflexion ? La recherche engagée ne se dissout-elle pas dans une réflexion d'ordre éthique, philosophique, historique, ou encore appartenant aux sciences sociales ou politiques ?[46]

---

[44] Soit comme une « *science positive du droit* » (M. VAN HOUTTE, trad. F. Ost, v°Théorie générale du droit, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018).

[45] V. ainsi le travail de S. BRACHOTTE, *op. cit.*, qui prend pour point de départ trois décisions de justice « occidentales ». Afin de traiter du « droit » non étatique, une étude jurisprudentielle est en effet préférée (v. également : M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Cross-border Family Cases and Religious Diversity : What Can Judges Do ? », *in* P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe, *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 143 ; H. MUIR WATT *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020 – on remarquera toutefois que dans ce dernier ouvrage, le rapport entre « droit » non étatique et matière familiale est absent, la religion étant envisagée dans son rapport au droit commercial et à l'arbitrage).

[46] *Ibid.*

Deux types de réflexes seront nécessairement mobilisés, dont il convient de préciser apports et implications méthodologiques : le recours à la théorie du droit (A) ainsi qu'aux sciences sociales et politiques (B).

A- L'apport de la théorie et de la philosophie du droit

5. Les apports à la théorie du droit n'ont de cesse de redéfinir le « droit » en embrassant des éléments jusqu'alors non considérés comme tel. De telles théories, qui questionnent la place du droit, son articulation avec d'autres éléments, son importance (et notamment : son importance pour qui ?) et sa justification, ont nécessairement des conséquences sur la représentation de « l'ordre »[47], du « pouvoir », du « gouvernement » et de la « domination »[48]. Le droit international privé est également tributaire de ces réflexions : laisser l'ordre étranger désigné définir ce qu'est la « loi étrangère » reviendrait ainsi, dans une certaine mesure, à retenir une conception pluraliste du pouvoir[49].

La question de la distinction entre normes juridiques et normes étrangères au droit est un questionnement classique de la théorie du droit. Les critères dégagés en théorie du droit trouvent une traduction dans les propositions mentionnées sur le terrain du droit international privé (1). Plus fondamentalement, le recours aux réflexions de théorie et de philosophie du droit permet d'adopter une position critique à l'égard du courant postmoderne, dont l'influence peut être décelée dans certaines des propositions doctrinales récentes précédemment listées (2).

1) Les réponses au thème classique de la distinction entre droit et fait, normes juridiques et normes étrangères au droit

6. Les constructions théoriques d'auteurs comme Kelsen ou Hart, pour ne citer que les exemples les plus connus, visent précisément à définir la norme juridique, et à distinguer celle-ci d'autres normes régissant la conduite humaine. Loin de reprendre les théories des éminents auteurs, ce qui dépasserait le cadre de cette introduction, on se contentera de mentionner à titre général que les considérations suivantes permettent de distinguer normes juridiques et normes étrangères au droit : la légalité (insertion de la norme dans un système déterminant les critères d'appartenance des normes qui le compose[50]), l'effectivité (dispositifs garantissant le respect de ces normes) et la

[47] V. la justification du choix des termes « ordre » et « conflit » (ou « désordre », puisqu'il s'agit de retenir une acception large du terme) du titre de l'ouvrage de S. ROBERTS (*Order and Dispute, An Introduction to Legal Anthropology*, New Orleans, Qui Pro Books, 2ème éd., 2013).

[48] M. WEBER, « Les trois types purs de la domination légitime (trad. E. Kauffmann) », *Sociologie*, vol. 5, n°3, 2014, p. 291. V. *infra*, n°171, 175.

[49] Rappr. D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275. L'auteur ne retient cependant pas une vision aussi large, et retient la conception pluraliste lorsque la loi étrangère est consultée afin de déterminer ses conditions d'intervention (ce qui suppose en amont qu'elle ait déjà été identifiée comme telle par le for).

[50] Comme le souligne H. SCHEPEL, « *[t]he sociological question of the law's recognition of private governance is, then, indissolubly connected with a normative question of democratic theory: can law recognise legal validity and democratic legitimacy outside the constitution, without constitutional political institutions and beyond the nation state* ? » (*The Constitution of Private Governance. product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart publishing, 2005, p. 2).

légitimité[51] (du contenu[52], du mode d'édiction des normes[53]). Ces critères peuvent être combinés à des degrés divers et la définition retenue peut *a priori* être applicable aux normes non étatiques. A titre d'exemple, alors que L. François récuse, à titre premier, les critères de « légalité » et de « légitimité »[54] dans la définition qu'il propose du « *jurème* », G. Teubner fonde quant à lui la légitimité de « régimes » partiels sur l'existence d'une « constitution privée » (c'est-à-dire sur une considération de « légalité »)[55]. Le premier de ces auteurs considère en effet que le « *jurème* » est une opération de communication effective (en raison de l'existence d'un dispositif de menace de sanction) ; tout individu est à la fois destinataire et émetteur de « *jurèmes* », étatiques ou non. La légitimité est conçue par l'auteur comme une simple fonction, superflue, au service de l'effectivité du vœu communiqué. En d'autres termes, la légitimité correspond tout au plus à une attitude positive des destinataires du « *jurème* », renforçant l'effectivité de celui-ci. Pour G. Teubner par contre, les « systèmes sociaux » se déployant de façon fonctionnelle (ces systèmes sociaux étant précisément non étatiques, l'auteur citant à titre d'exemple la *lex digitalis*[56], mais il pourrait également s'agir de la *lex sportiva*) acquièrent leur légitimité en émettant des règles venant réguler leur propre production normative. L'auteur nomme ce phénomène la constitutionnalisation privée[57]. Ainsi, c'est par l'édiction de normes venant limiter le champ d'application du système social et ainsi venant définir ce qui doit être considéré comme « légal » (critère de légalité) qu'ils acquièrent une légitimité et éventuellement une certaine relevance juridique.

7. La mise en lumière de ces trois types de critères (légalité, légitimité, effectivité) permet d'amorcer une réflexion sur l'appréhension des ordres ou normes non étatiques. Les constructions théoriques élaborées, tout comme les critiques dont elles souffrent, montrent les difficultés et enjeux centraux du sujet.

Notamment, comment penser la considération de légalité en dehors du paradigme étatique ? Est-il possible de retenir l'existence d'un « système normatif » ou d'un « ordre juridique » en dehors de l'Etat ? Si la réponse peut apparaitre, au regard de l'influence de *L'ordre juridique* de Romano[58], évidente, il reste que cette conception, comme toute conception théorique, repose sur des postulats,

---

[51] Ou « *prétention de légitimité* » (P. GERARD, « Normes juridiques, légitimité et théorie du droit », *in* E. Delruelle, G. Brausch (dir.), *Le droit sans la justice : actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du « Cap des Tempêtes » de Lucien François*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 19, spéc. p. 27 et s.).

[52] Par exemple, est jugée légitime une norme répondant à l'impératif catégorique kantien.

[53] Par exemple, est jugée légitime une norme issue d'un consensus entre les individus atteint au terme d'une discussion rationnelle (J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz, Ch. Bochindhomme, Paris, Gallimard, 1997, p. 169 et s.).

[54] L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes, op. cit.*

[55] V. *infra* n°109 et s. sur nos développements quant à la pensée de l'auteur.

[56] G. TEUBNER, P. KORTH, « Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society », *in* M. Young (éd.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, 2012, p. 23.

La *lex digitalis* désigne l'ensemble des règles et principes régissant le comportement des individus et des entreprises dans l'environnement numérique. Ces règles et principes sont souvent influencés par les pratiques des entreprises technologiques et par les besoins des utilisateurs d'Internet. Y sont souvent intégrés les principes de *l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), institution hybride, composée d'acteurs privés et étatiques et prévoyant un certain nombre de règles relatives à l'assignation des noms de domaine.

[57] V. *infra* n°110 et s.

[58] S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, 2ème éd., 2002.

et notamment une approche particulière de la légitimité, qu'il conviendra de mettre en lumière et de questionner.

Par ailleurs, comment penser la considération de légitimité en dehors du cadre étatique ou démocratique[59] ? Un fondement classique de légitimation du droit est la prétention à l'universalité des valeurs véhiculées par les normes[60]. Ce fondement peut se concrétiser par l'existence d'un mode spécifique d'édiction des normes (lui-même dit « universel »), voire, de manière très restrictive, par l'existence d'une société démocratique. Il peut également, et ces deux éléments sont bien souvent liés, se traduire dans le contenu des normes et la conception de leur champ d'application. En droit international privé, le bilatéralisme s'inscrit dans cette idée, dans la mesure où il postule la vocation universelle des lois étatiques[61].

Une fois le cadre étatique remis en question, la légitimité peut être recherchée dans diverses directions. Elle peut être recherchée dans un certain ancrage historique (et une certaine responsabilité politique) de certains ordres, dits « autochtones » ou « traditionnels »[62]. Elle est par ailleurs recherchée, notamment en droit international privé, sur le fondement du consensualisme, c'est-à-dire de l'accord des parties[63]. Une autre piste, *a priori* plus prometteuse[64], peut être tirée des réflexions de G. Teubner. Sans entrer à ce stade dans les détails de la pensée de l'auteur et en prenant le risque de la simplifier à outrance[65], il s'agirait d'exiger comme condition de légitimité

---

[59] Le terme de « démocratie » lui-même pourrait faire l'objet de réflexions et approches différentes. A prendre un exemple parmi d'autres, le philosophe italien G. Agamben dénonce le « *mode de vie de plus en plus passif encouragé par les systèmes démocratiques actuels, les normes de vie [étant] constamment transformées en fonction d'une évolution des rapports économiques qui uniformise et inhibe les actes de résistance, compromettant par là même les conditions de l'agir en commun. Concrètement, alimentant la crise générale des États-nation, les problèmes du statut des réfugiés et des apatrides ainsi que celui de l'affaiblissement du modèle de la représentativité démocratique sont les symptômes palpables de ce diagnostic, ce qui fait écrire à Agamben que la "nouveauté de notre temps, menaçant l'État-nation dans ses fondements mêmes, c'est que des parties de plus en plus importantes de l'humanité ne sont plus représentables en son sein"* » ; « *[u]n véritable régime politique démocratique est aux yeux d'Agamben un régime où la question de la "vie nue" [mode de vie humain compris dans la pureté de ses nécessités premières – la « vie nue »* (nuda vita*), dépourvue de droits, de qualités et d'appartenance, telle qu'elle se présente par exemple dans les camps des errants et des clandestins] ne se pose pas et ne peut pas constituer un ressort de l'exercice du pouvoir ; à savoir un cadre où la vie n'est jamais suffisamment « dénudée » pour devenir de la sorte en elle-même un enjeu politique, mais toujours suffisamment "qualifiée" pour échapper à l'économie du droit. La vie est comprise ainsi comme cette puissance première sur laquelle l'exercice du droit doit se fonder* » (D. POPA, « Giorgio Agamben. Les conditions de la communauté », *in* M. Maesschalck, A. Loute (dir.), *Nouvelle critique sociale : Europe — Amérique Latine | Aller — Retour*, Toulouse, EuroPhilosophie Éditions, 2019, p. 91, spéc. n°19 et s.).

[60] Qui ne peuvent « *être analysés exclusivement comme une rationalisation de la domination. Même les principes d'une idéologie inégalitaire, explicitement destinée à légitimer des formes de domination, ne peuvent être réduits à une logique de cette nature, dans la mesure où leur fonction légitimatrice implique la référence à des valeurs ou à des intérêts jouissant apparemment d'une validité universelle* » (P. GERARD, *op. cit.*, spéc. p. 37).

[61] V. par exemple : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2003, n°127 et s., p. 138 et s. V. la critique de A. BUCHER (« La dimension sociale du droit international privé », *RCADI* ; vol. 341, 2009, p. 9, spéc. n°84, p. 144) quant à la référence à la légitimité démocratique comme justification de l'application d'une loi étatique. Au regard de l'absence de concordance empirique entre forme étatique et démocratie, on éprouve de grandes hésitations à adopter un tel postulat.

[62] V. la reconnaissance juridique par certains Etats de « droits autochtones » (Canada, Australie…), J. C. ORTEGA, *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones*, Université Panthéon-Assas, *n.p.*, 2005. Pour une approche théorique, v. G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, OUP, 2012, p. 165 et s. (v. *infra* n°110 et s.). Selon T. FRIEDMAN, « *[l]a moitié du monde rêve de rationnaliser, de privatiser, de moderniser son économie, comme l'exige la globalisation. L'autre moitié [...] reste prisonnière des querelles ancestrales autour de ses oliviers : racines, ancrages, résistances qui fondent les familles, les tribus, les nations, rassurent les individus, légitiment les communautés* » (*The Lexus and the Olive Tree. Understanding Globalization*, London, Harper Collins Pubishers, 1999, p. 31, traduction libre).

[63] V. notamment D. SINDRES (v. *infra* n°102).

[64] Pour notre critique circonstanciée, v. *infra* n°111.

[65] V. *infra* n°52, 71, 109 et s.

d'un système son intégration dans un environnement normatif, supposant une interaction de celui-ci avec d'autres systèmes ou ordres.

Enfin, on pourrait également retenir, et telle est vraisemblablement l'approche la plus fidèle au courant postmoderne[66], qu'il convient d'écarter tout critère de légitimité. Une telle approche nécessite toutefois d'avoir une idée suffisamment précise du critère de légalité, de surcroit applicable aux « ordres » ou « normes » non étatiques ; ou bien d'admettre que le critère d'effectivité suffise à l'élaboration d'une construction théorique transposable au droit international privé, ce dont il est permis de douter[67].

8. L'enjeu est de taille, car l'ensemble de ces théories, venant interroger la distinction entre droit et fait, ont des implications méthodologiques majeures. En effet, cette démarcation est également celle de disciplines, desquelles dépend la technique utilisée (exégèse *versus* observation empirique). A ce titre, l'exemple le plus marquant est celui de L. François. L'auteur définit le « *jurème* » comme un vœu assorti de l'existence d'un dispositif de menace de sanction (« la bourse ou la vie », à reprendre l'exemple de l'auteur). Le « *jurème* », ou la norme, est selon l'auteur une opération de communication effective. Il devient alors possible de l'observer et la distinction disciplinaire entre les techniques d'analyse (exégèse et observation empirique) n'a plus lieu d'être.

Le travail engagé ne pourra se passer d'un approfondissement de ces critères et d'un examen de leur pertinence en droit international privé en ayant recours aux réflexions traditionnellement menées sur le terrain de la théorie du droit.

2) L'influence du postmodernisme en droit international privé et sa critique

9. Certaines des propositions doctrinales évoquées s'inscrivent de manière évidente dans un courant philosophique dit « post-moderne »[68]. Du point de vue de la « science » juridique, l'adjectif « post-moderne » qualifie les courants de pensée qui cherchent à conceptualiser le pluralisme normatif dans un contexte mondial caractérisé par l'indétermination et la complexité[69]. A titre plus général, le postmodernisme consiste en une critique de la force[70] et des rapports de pouvoir par la mise en exergue du pluralisme, la question se déplaçant sur le terrain éthique et se traduisant par

---

66 V. *infra* n°9 et s.

67 V. *infra* n°154 et s.

68 Courant philosophique qui a touché l'ensemble des disciplines et dont la figure de proue est l'ouvrage *La condition postmoderne. Rapport sur le savoir* de J.-F. Lyotard de 1979 (v. cependant antérieurement l'ouvrage de Lévinas, *Totalité et infini : essai sur l'extériorité*, La Haye, M. Nijhoff, 1961, qui ouvre la voie de la pensée postmoderne). Il s'agit d'une philosophie critique à l'égard du rapport de la modernité occidentale à la vérité. Les auteurs qualifiés de tels proposent des nouvelles manières de questionner les textes et l'histoire ; le mouvement touche l'ensemble des matières, jusqu'à la psychologie et la linguistique.

69 B. DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », *Droit et société*, n°10, 1988, p. 403 (« *Nous vivons dans un temps de légalité poreuse ou de porosité juridique, où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements* ») ; J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n°3, 1998, p. 671 ; M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », *in* P. Bourgine, D. Chavalarias, C. Cohen-Boulakia (dir.), *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique*, La découverte, coll. « Recherches », 2008, p. 103 ; B. BARRAUD, « Le droit sans le territoire. Globalisation et postmodernité juridiques », *Jurisdoctoria* n°10, 2013 ; J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, Paris, 4ème éd., 2014.

70 Le droit est perçu comme le résultat de la force sociale et linguistique (DERRIDA conçoit la loi comme un « *coup de force* », « Force of Law : the "Mystical Foundation of authority" », *in* D. Cornell, M. Rosenfeld, D. G. Carlson (éd.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, Routledge, 1992, p. 3, spéc. p. 13) ; la violence est conçue comme le mythe fondateur de tout ordre juridique.

une réflexion sur le « juste » (« *infini, incalculable, rebelle à la règle et étranger à la symétrie, hétérogène et hétérotrope* » [71]) ainsi que sur le respect envers l'Autre, qui prend racine dans son altérité radicale (l'*illéité* chez Levinas[72]).

L'influence exacte de ce courant est difficile à déterminer dans le domaine juridique[73] ; il reste que celle-ci est expressément revendiquée par certains pluralistes, notamment par E. Jayme qui utilise le terme « post-moderne » dans son cours général de droit international privé à l'Académie de droit international de La Haye publié en 1995[74]. A ce courant appartiennent certaines propositions doctrinales participant d'une remise en cause radicale du principe selon lequel « *la modernité occidentale se considère comme un mouvement homogène sur toute la planète* »[75]. Le droit international privé parait *a priori* particulièrement disposé à l'adoption de propositions postmodernes, puisqu'il cherche fondamentalement à « gérer » la « diversité des droits »[76] tout en étant en prise directe avec le litige interindividuel, voire parfois l'individu « étranger ».

Il est toutefois permis de douter de la capacité du postmodernisme à proposer des principes de solutions en droit international privé, comme on peut le mesurer à l'aune de la notion de respect (a). Si son apport n'est pas inexistant, une critique de ses postulats, fondée sur une tradition théorique importante, permet d'adopter un regard plus nuancé sur les propositions élaborées en doctrine (b).

a) Postmodernisme et « respect »

10. Le droit international privé est familier du thème du « respect », qui connait de nombreuses déclinaisons : respect des prévisions des parties (principe d'autonomie, droits acquis, …), de l'identité de l'individu (fonction recognitive de la règle de conflit de lois, *private citizenship*…), de l'autorité de la loi étrangère, voire de l'Etat étranger dans une version plus publiciste de la matière. Il ne s'agit pas ici de retracer en détail les différentes doctrines ayant approfondi cette notion, qui

---

[71] *Ibid*., spéc. p. 22 (traduction libre).

[72] E. LEVINAS, « La trace de l'autre », *in* E. Levinas, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, édition suivie d'*Essais Nouveaux*, Paris, Vrin, 2006, p. 261. « *[P]our Levinas l'autrui n'est pas seulement un sujet analogue, un* alter ego *ou un autre moi, mais quelqu'un* tout autre *qui aborde le Je à partir d'une extériorité absolue. Pour souligner cet aspect de l'asymétrie fondamentale, Levinas a forgé le terme de l'*illéité (*du latin* ille, *pronom de la troisième personne du singulier). Ce terme ne renvoie précisément pas à un* Tu *mais à un/e* Il / Elle, *une troisième personne, ce que mettent en évidence la distance et l'asymétrie de la relation avec l'autrui* » (S. RICHTER, « Le problème de l'éthique et le visage de l'autre. Martin Buber et Emmanuel Levinas en dialogue », *Études Germaniques*, 2023/1 (n°309), p. 33, spéc. p. 38).

[73] J. COMMAILLE, v°Changement, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.

[74] E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI* (251), 1995, p. 9. V. également, H. MUIR WATT, « Décentrement et hospitalité : libre propos sur l'éthique et les méthodes du droit international privé », *op. cit*. (notamment sur la pensée de J. Derrida).

[75] I. AUBERT, préface de G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, préface I. Aubert, Classiques Garnier, 2016, p. 21.

[76] J. FOYER, « Diversité des droits et méthodes de conflit de lois », *in* B. Ancel *et al*., *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 57, spéc. p. 57. Rappr. P. S. BERMAN (éd.), *The Oxford handbook of global legal pluralism*, Oxford University Press, 2020, p. 627. Pour une utilisation du droit international privé, v. R. MICHAELS (« Global Legal Pluralism and Conflict of Laws », *in* P. S. Berman (éd.), *The Oxford handbook of global legal pluralism*, Oxford University Press, 2020, p. 629, spéc. p. 641) : celui-ci serait "*the most appropriate discipline to deal with a plurality of legal orders is the discipline that was established for this very purpose*". Selon l'auteur, le droit international privé devra cependant être modifié, du moins conviendra-t-il d'en enlever certains traits savigniens (« Globalizing Savigny ? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies*, *Research Paper Series*, n°74, 2005, p. 1, spéc. p. 22).

opèrent à des niveaux théoriques différents, du fondement-même de la matière[77] à celui de certaines méthodes[78]. On citera toutefois quelques-unes des notions centrales relevées en doctrine y faisant écho : *comity*[79], tolérance[80], reconnaissance, accueil hospitalier[81], *responsivity*[82].

L'influence du courant postmoderne revient cependant à retenir une acceptation particulière de la notion de respect ou de ses concepts connexes. Le postmodernisme se refuse à conceptualiser l'Autre et se concentre sur la façon de penser la relation, dynamique, à celui-ci[83]. Il est indéniable que le droit international privé possède un certain rapport à l'éthique de la relation (tolérance, accueil hospitalier…) et qu'il est possible de déceler un certain « tournant éthique » de la matière[84]. Toutefois, il ne nous semble pas satisfaisant de se passer, en droit international privé, d'une définition et d'une réflexion sur la norme ou l'ordre étranger, une fois le paradigme étatique remis en question. Même la mise en œuvre d'une approche au cas par cas au regard de l'espèce dont le juge est concrètement saisi[85] ne saurait être satisfaisante : comment s'assurer, dans un litige opposant des Iraniens de la communauté bahaïe, que l'appartenance à cette dernière communauté soit considérée par le for saisi ? Sur quel(s) critère(s) retenir cette appartenance particulière au regard de l'ensemble des autres collectivités ou groupes auxquels appartiennent ces individus particuliers (membres d'un même club sportif, originaires de villages différents, etc.) ? Une approche au cas par cas suppose de s'accorder en amont sur l'appartenance pertinente et comporte un risque d'arbitraire trop important[86].

---

[77] Par exemple, pour Batiffol, l'étranger comme le national appartiennent à une même société internationale comprise comme universelle (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, n°5, p. 14 ; 2ème éd., 2002, spéc. p. 313). Une autre approche est celle de W. GOLDSCHMIDT, selon lequel le droit international privé sert une valeur fondamentale, le respect dû à l'étranger (*die Achtung vor dem Fremden*) (« Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts », *Festschrift für Martin Wolff*, Tubingue, Eugen Göbel, 1952, p. 203, spéc. p. 205 : « *[d]ie Kultur einer Gemeinschaft kann daran gemessen werden, in welchem Umfange sie fremdes Recht anerkennt* »). V. également : D. J. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1966, vol. 118, II, p. 313, spéc. p. 417 et s.).

[78] V. par exemple l'unilatéralisme-statutisme pluraliste (H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, v. *infra* n°44).

[79] V. notamment : J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic : in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*, Boston, Little Brown, 1872, n°33 et s., p. 29 et s. La notion de *comity* est reprise par Savigny, qui en déduit un devoir général d'appliquer le droit étranger (« *freundliche Zulassung* », v. *System des heutigen römischen Rechts*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1974, Tome 8, §348, p. 28). Pour une utilisation récente : M. FADEL, « German Judge and Legal Orientalism », 29/03/2007, (http://www.eteraz.org/story/2007/3/26/185544/889, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

[80] D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Préf. H. Muir Watt, 2002.

[81] Dans son cours à l'Académie de La Haye, H. MUIR WATT souligne la fécondité prospective de la valeur l'hospitalité, comme « *mode éthique de mise en rapport avec d'autres formes de vie […] invit[ant] à ce titre à explorer les ressorts anthropologiques et psychanalytiques du refus de la différence pour des raisons identitaires* » (*op. cit.*, spéc. n°271, p. 275). V. également « Décentrement et hospitalité : libre propos sur l'éthique et les méthodes du droit international privé », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 443, spéc. n°390 et s., p. 454 et s.

[82] R. MICHAELS, « Private International Law as an Ethic of Responsivity », *in* V. Ruiz Abou-Nigm, M. B. Noodt Taquela (éd.), *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2019, p. 11.

[83] Posant la problématique « *irritante* » du « *seuil du droit international privé* » (H. MUIR WATT, « Identité et droit international privé dans la globalisation : introduction », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 5, spéc. n°29, p. 31).

[84] V. RUIZ ABOU-NIGM, M. B. NOODT TAQUELA (éd.), *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2019.

[85] V. l'article mentionné ci-dessus de S. Brachotte, qui semble prôner une absence de distinction entre interne et international et une mise en œuvre au cas par cas d'une approche culturelle pour le règlement du litige (*op. cit.*).

[86] V. *infra* n°83 et s.

Une voie moins radicale, prenant comme point de départ le point de vue de l'Etat français sur l'identité de « l'Autre » pour les besoins spécifiques du droit international privé, sera donc préférée. Par ailleurs, l'approche postmoderne conçoit l'existence de devoirs éthiques envers l'Autre en tant qu'être ou personne humaine[87], et non envers une quelconque loi étrangère ; le lien entre les deux existe (« *le couple afghan qui saisit le tribunal porte en lui également les lois au regard desquelles les époux se sont mariés* »[88]), mais celui-ci n'est qu'indirect[89].

Même à considérer la personne humaine, on remarquera qu'en dehors d'une traduction juridique du respect de celle-ci sur le plan des garanties procédurales[90], il est difficile de déterminer en quoi consistent ces devoirs éthiques, si ce n'est en l'application potentielle d'une loi étrangère ou en la reconnaissance de certaines situations constituées à l'étranger (c'est-à-dire les méthodes-mêmes du droit international privé). Or, on remarquera que les critères de choix de la loi étrangère tout comme le choix en faveur de la reconnaissance (opposé à la non-reconnaissance) ne sont que partiellement fondés sur une éthique de la relation à l'Autre-personne étrangère. En effet, le choix d'une loi étrangère est également au service d'autres objectifs traditionnellement pris en charge par le droit international privé, au premier titre desquels figure la cohérence interne, mais également les objectifs propres à chaque matière et éventuellement matériels. Le choix en faveur de la reconnaissance d'une situation peut également découler de l'impératif d'harmonie internationale des solutions et du respect de l'autorité de la norme étrangère. La traduction juridique des idées postmodernes ne permet pas *a priori* de penser un nouvel arbitrage entre ces différents objectifs de droit international privé, se traduisant par exemple par des rattachements particuliers au stade de l'élaboration de la règle de conflit, et ce même lorsque la personne humaine en tant que telle est jugée d'une importance centrale, comme dans le domaine personnel et familial (la nationalité est-elle un rattachement plus « respectueux » que la résidence habituelle ?). Il est surtout permis de douter que le principe même du choix d'une seule loi applicable au litige soit en accord avec la vision hybride de l'individu[91]. En réalité, le concept philosophique de l'Autre se révèle en soi incompatible avec sa conceptualisation sur le terrain du droit international privé, selon nous nécessaire à une proposition de solution suffisamment précise, et donc située.

A un niveau supérieur d'abstraction, R. Michaels propose de considérer le droit international privé lui-même comme une éthique[92], qu'il nomme « *responsitivity* »[93]. Un glissement, nécessaire, est opéré :

---

[87] Pour Lévinas, c'est bien « l'homme » qui est cet « Autre infiniment unique ». La rencontre est la perception de son existence, elle fait naître le langage et génère des sentiments de responsabilité.

[88] R. MICHAELS, *op. et loc. cit.*

[89] *Idem.*

[90] Qui peut éventuellement consister en un aménagement du droit de la preuve (J. BORROWS, « Listening for a Change : The Courts and Oral Tradition », *Osgoode Hall Law Journal,* 39.1, 2001, p. 1).

[91] V. *infra* n°13 *in fine*.

[92] « *Private international law provides us with a technique of ethics, a technique that helps us conceptualise and address some of the most pressing issues of our time. It is not only ethically relevant, it is itself an ethic* » (R. MICHAELS, *op. cit*., spéc. p. 11).

[93] « *Responsitivity is different from both intentionality and regularity :* "*that with which I respond owes its meaning to the challenge to which it responds*". *Through the application of complicated technique vis-à-vis the foreign law, private international law takes the Other more seriously than mere deference would. The application of private international law rules is never purely mechanical; it always operates in response to the concrete Other law, and therefore private international law is always necessarily open. Thereby, private international law engages the Other. It takes the Other's plea more seriously than mere deference would. It grapples with the other. It puts the positions taken by the other in perspective and in context. It creates a hypothetical dialogue with the Other – hypothetical because the dialogue takes place within private international law's own position but therefore no less real. The response can lead to a result that a conflict remains, just as in*

« l'Autre » avec lequel la relation est pensée, à ce stade méthodologique ou « technique »[94], n'est plus la personne humaine, mais l'ordre normatif étranger en tant que tel. A part prôner la nécessité d'une dialectique entre le point de vue du for et le point de vue étranger, sur laquelle nous reviendrons[95], les implications du postmodernisme en droit international privé ne sont pas, *a priori*, évidentes ; des propositions précises de solution ne peuvent être aisément formulées.

b) Postmodernisme et méthodes

11. En réalité, les implications théoriques du postmodernisme semblent difficilement compatibles avec les méthodes et fonctions du droit international privé, notamment lorsqu'il est question d'appréhender des normes et ordres non étatiques.

1- Tout d'abord, en raison de la nécessité, pour le droit international privé, de considérer le for comme premier et dernier ordre normatif obligatoire. Le pluralisme postmoderne suppose en effet qu'aucun ordre ne repose sur une légitimité plus importante que les autres, que ceux-ci soient étatiques ou non étatiques. Or, la source des règles de droit international privé (Etats, communautés d'Etat) comme les instances d'application de ces règles sont celles du for ; les conflits normatifs sont donc nécessairement perçus et résolus selon son point de vue et dans les limites qu'il pose. Le droit international privé suppose une hiérarchie entre l'initiateur de la coordination et celui avec lequel la coordination est pensée.

On rétorquera que les méthodes conflictuelles permettent toutefois d'instaurer une relation « dynamique » entre les points de vue du for et étranger, renforcée par l'introduction de mécanismes dits « réflexifs »[96]. Certains auteurs prônent ainsi l'extension de mécanismes unilatéralistes au sein de la méthode de conflit de lois[97].

Une solution plus radicale, et plus fidèle aux prémisses postmodernes refusant fondamentalement toute considération matérielle de légitimité, serait toutefois de soutenir que la réponse aux conflits impliquant des normes non étatiques doit être apportée par une norme elle-même non étatique, de droit international public ou bien hybride[98]. Le cadre étatique, nécessairement situé, ne saurait être adapté[99]. Il ne s'agit pas nécessairement de plaider en faveur de l'idée de l'existence d'un législateur

---

conflicts among individuals the ethically required result is sometimes that the conflict remains. Responsitivity does not merely equate deference. But responsitivity makes rejection justifiable » (*ibid*., spéc. p. 26).

[94] K. KNOP, R. MICHAELS, A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », 64 *Stanford Law Review*, 2012, p. 589.

[95] V. *infra* n°380 et s.

[96] V. *infra* n°44.

[97] D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *op. cit.*, H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*

[98] A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », 2004 (vol. 25), *Michigan Journal of International Law*, p. 999, spéc. p. 1020 et s ; G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, OUP, 2012.
Le fondement pourrait être recherché chez BOURDIEU : « *[l]'acte de catégorisation, lorsqu'il parvient à se faire reconnaître ou qu'il est exercé par une autorité reconnue, exerce par soi un pouvoir : les catégories « ethniques » ou « régionales », comme les catégories de parenté, instituent une réalité en usant du pouvoir de révélation et de construction exercé par l'objectivation dans le discours* » (« L'identité et la représentation », *Langage et pouvoir symbolique*, Fayard, 1982, p. 281, spéc. p. 285).

[99] La question se pose avec acuité pour les ensembles infranationaux. « *Even more fundamentally, we need to ask whether states should become involved in preserving the collective identities and distinct ways of life of sub-national communities. Can we trust the majority to act faithfully on such a mandate ? And if not, what public institutions can be entrusted with the task of delivering on the promise of respect-for-difference ?* » (A. SHACHAR, « Two Critiques of Multiculturalism », *Cardozo Law Review*, 2001, p. 253, spéc. p. 255, nous soulignons).

supranational, théorie connue du droit international privé et invalidée au regard de son absence de réalité. Les normes de coordination pourraient naître de la confrontation concrète et particulière entre ordres normatifs et ainsi dépendre de chaque « rencontre »[100].

On relèvera que l'absence de considération matérielle de légitimité dans la définition de la norme ou de l'ordre non étatique est un point de vue difficile à défendre[101] ; Rousseau a mis en lumière le danger de l'adoption d'une telle position, qui revient à légitimer la capacité de fait de contraindre et l'adoption du droit du plus fort[102].

Or la proposition d'adoption de modes de règlement des conflits normatifs, en dehors du cadre étatique du for, relève largement de l'utopie. Le droit international privé est le terrain privilégié de telles expérimentations. Comme a pu le montrer L. Gannagé, la solution à la confrontation de cultures et traditions normatives différentes ne semble pouvoir trouver sa solution que dans le rapprochement des valeurs et solutions normatives matérielles[103].

Plus fondamentalement, le postmodernisme ne permet pas, mais ce n'était pas là sa visée, de conceptualiser le non-étatique pour les besoins du droit international privé. Se concentrer uniquement sur le critère d'effectivité n'est pas satisfaisant, dans la mesure où les normes ne se constatent pas (ne s'imposent pas sous la forme d'un « visage » au sens retenu par Lévinas). Les phénomènes normatifs perçus sont en réalité d'ores et déjà nécessairement au moins partiellement conceptualisés en amont. A titre d'exemple, le refus de considérer le « référent religieux » comme du « droit », en dépit de son effectivité, est tributaire d'un point de vue, de valeurs et d'objectifs situés ; on remarquera au même titre que la volonté d'encadrer l'activité d'acteurs économiques non étatiques ou d'encourager leurs activités permet de les concevoir comme « communautés » ou comme « réseaux ». Du point de vue de l'Etat français, l'appartenance religieuse est certes admise comme un fait sociologique mais elle ne saurait, malgré son effectivité, être prise en compte en tant

---

[100] V. pour une traduction de cette idée : G. TEUBNER, *infra* n°110.

[101] Les auteurs ont ainsi tendance à retenir des critères matériels. V. par exemple, réfléchissant sur le « juste », D. DOS SANTOS : « *Les "consensus" à réaliser ont du sens seulement lorsque les valeurs et les intérêts manifestés individuellement et collectivement se fixent comme objectif commun d'atteindre une justice juste - combien difficile, nous en convenons - c'est-à-dire fondée sur le civisme, la tolérance et la solidarité. Ces trois axes de la justice "utopique" sont étroitement liés au désir et à la « quête d'un monde meilleur », un espace et un temps d'espérance, comme l'entendait Bloch. Or, les possibilités qu'ils créent impliquent la révision de la notion de citoyenneté et de son statut, le refus de la suprématie d'un ordre juridique sur les autres, et la croissance de la capacité à améliorer continuellement l'articulation possible entre les différents ordres juridiques. Cela suppose le réaménagement constant des rapports entre les ordres, en vue de nous approcher un peu plus et à chaque instant d'une justice dont la tâche première serait de réaliser le "maximin des situations matérielles" : Ce qui rend une société juste, […], c'est que grâce à ses institutions la situation des plus défavorisés parmi ses membres y est (durablement) meilleure qu'elle ne le serait si d'autres institutions (satisfaisant également les conditions éventuellement imposées) avaient été choisies* » (« La place du droit coutumier dans la formation des Etats africains », spéc. p. 14, http://www.adelinotorres.info/sociologia/daniel_dos_santos_la_place_du_droit_coutumier_dans_la_formation_des_etats-africains.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024, nous soulignons).

[102] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Strasbourg, De l'Imprimerie de la Société typographique, 1791, p. 8 et s. (*Du droit du plus fort*).
Cette absence d'argument contre les modes de violence est la conséquence directe et logique du refus postmoderne de se positionner sur une quelconque légitimité des normes et ordres étrangers. On remarquera toutefois que dès lors qu'elle impose le respect d'Autrui, la théorie postmoderne est nécessairement impliquée dans une forme de légitimation.

[103] L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013, p. 235.

que phénomène normatif avec lequel il convient de se coordonner selon les méthodes de droit international privé[104]. Retenir l'effectivité comme unique critère ne saurait être satisfaisant.

2- Au-delà de la question de la prééminence nécessaire du point de vue du for, le droit international privé suppose une distinction, une séparation entre des unités normatives, qui ne serait fondamentalement pas conforme aux postulats postmodernes : la solution serait, pour le postmodernisme, davantage à rechercher dans des mécanismes d'hybridation ou d'accommodation[105]. Comme le souligne S. E. Merry, *« [l]orsque les communautés sont fragmentées, fluides et changeantes, liées par des réseaux plutôt que par des territoires et soumises au mouvement des personnes et des idées, le droit qu'elles produisent et qui les régit devient davantage pluriel. Imaginer un système de droit figé lié à un État-nation n'est plus une représentation adéquate »*[106].

Par conséquent, certains auteurs préfèrent mettre en avant d'autres techniques permettant le dialogue entre les ordres normatifs, se manifestant davantage sur le terrain du pluralisme interne, traditionnellement étranger au droit international privé. A. Shachar propose ainsi un modèle de « *joint governance* » et de « *transformative accommodation* »[107]. Se concentrant sur la gestion du pluralisme au sein des Etats multiculturels, l'auteure propose un modèle selon lequel, sur certaines questions sensibles comme en droit de la famille, le pouvoir d'arbitrer entre les divers intérêts en présence est partagé entre la minorité en cause et l'Etat. La cérémonie du mariage ou le divorce pourraient ainsi être soumis par principe aux normes de la minorité culturelle/religieuse, tout en prévoyant que l'individu concerné possède un droit d'option en faveur du droit étatique (ce que l'auteure nomme « *reversal points* »), ces droits d'option ayant été prévus en amont et en commun par l'Etat et la minorité. Cette liberté de choix des individus agirait comme moyen de pression venant modifier les normes internes à la minorité comme celles étatiques. Par ailleurs, une telle solution viendrait lutter contre le « paradoxe du multiculturalisme libéral » vécu par les « minorités au sein des minorités »[108], qui ne peuvent *de facto* « librement » saisir les juridictions étatiques[109]. Les objectifs d'un tel système sont résumés ainsi par l'auteure : il s'agit de « *s'efforcer de réduire l'injustice entre les groupes minoritaires et la société dans son ensemble, tout en renforçant la justice au sein de ces groupes »*[110]. Du

---

104 Ce qui laisse entière la question d'une « coordination » (mais avec quoi ?) grâce à une « norme de relevance contractuelle » (sur les travaux de S. RAMACIOTTI, v. *infra* n°199).

105 P. S. BERMAN, « Non-State lawmaking through the Lens of Global Legal Pluralism », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law*, Cambridge, 2015, p. 17. Rappr. P. GLENN, « La conciliation des lois, Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 364, 2011, p. 192.

106 S. E. MERRY, « International Law and Sociolegal Scholarship : Toward a Spatial Global Legal Pluralism », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law*, Cambridge, 2015, p. 59, spéc. p. 62 (traduction libre).

107 A. SHACHAR, *Multicultural jurisdictions, Cultural Differences and Women's Rights*, New York, Cambridge University Press, 2001, p. 3, p. 42 ; *Modern Challenges to Islamic Law*, Collection Law in Context, Cambridge University Press, 2016, p. 211. Pour une critique de cette proposition : M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK : Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, British Academy, 2012 ; J. A. NICHOLS, « Religion, Family Law, and Competing Norms », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law*, Cambridge, 2015, p. 197 ; K. KNOP, R. MICHAELS, A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », 64 *Stanford Law Review*, 2012, p. 589, spéc. p. 607.

108 A. EISENBERG, J. SPINNER-HALEV (dir.), *Minorities within Minorities*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

109 « *Such conflicts, multicultural accommodation policies that delegate legal powers from the state to the identity group in an attempt to improve the status of group members vis-'a-vis the larger society may tacitly sanction the maltreatment of certain categories of group members, such as women, within their own identity groups* » (A. SHACHAR, « On Citizenship and Multicultural Vulnerability », *Political Theory* 28, n°1, 2000, p. 64, spéc. p. 67).

110 A. SHACHAR, *Multicultural jurisdictions, Cultural Differences and Women's Rights*, New York, Cambridge University Press, 2001, p. 4 (traduction libre).

point de vue de l'individu, ce système lui permet de résoudre certains conflits en application d'une norme non étatique conformément à son sentiment d'appartenance à un groupe particulier[111].

De telles propositions seraient plus conformes à la vision de l'individu sous-tendue par le postmodernisme. Celui-ci est en effet fondamentalement insaisissable, complexe et hybride. Il serait au cœur de réseaux d'appartenance multiples dont la conceptualisation varie d'un auteur à l'autre. M. C. Nussbaum conçoit ces appartenances à la façon de cercles concentriques dont l'individu serait le centre[112]. La vision cosmopolite défendue, entre autres, par P. S. Berman voit l'individu comme le résultat d'un processus continuel d'hybridation culturelle[113], et conçoit l'individu non comme détaché des communautés, mais au contraire comme intégré à de multiples communautés. Dans une version plus radicale, G. Agamben conçoit la possible intégration de l'individu à une communauté composée de « *singularités quelconques* », c'est-à-dire une communauté « *sans présupposés, sans conditions d'appartenance, sans identité* »[114].

A retenir de telles approches, le choix d'une seule « loi » au sens du droit international privé (ou d'une loi d'une communauté composée de « *singularités quelconques* »), dans les domaines où l'identité de l'individu est primordiale, soit en matière personnelle et familiale, ne peut apparaitre comme une solution satisfaisante et appelle des constructions théoriques étrangères au droit international privé. Une nuance importante est toutefois à apporter : dans la mesure où le droit international privé ne saisit l'individu que par le biais du litige particulier, de surcroit interindividuel, le choix d'une loi pour la résolution du litige peut être un moyen permettant d'assurer la complexité de l'individu.

3- Le postmodernisme critique enfin la forme juridique, du moins en ce que celle-ci est générale et abstraite[115] et ne peut prendre en compte l'individuel et le particulier. L'essor des méthodes de reconnaissance et notamment de la méthode de reconnaissance des situations semble raisonnablement, au moins en partie, se fonder sur une telle conception[116].

Une telle affirmation ne résiste pas à la critique[117] ; on se contentera de rappeler classiquement que la critique des caractères général et abstrait de la norme, ici la règle de conflit de lois, méconnaît le fait que ces caractères permettent précisément de créer des espaces de liberté pour les individus, indépendamment de leurs caractéristiques particulières. Déduire des caractères de la règle de droit l'absence de prise en compte des particularités et des différences des cas individuels n'est pas

---

111 Mais cela pose d'autres difficultés : « *[o]ne problem with this approach is that it requires a definition of group membership, power structures and group norms in advance so that institutional arrangements such as TA [transformative accommodation] reversal points can be clearly delineated* » (M. MALIK, *op. cit.*, p. 38).

112 M. C. NUSSBAUM, « Patriotism and Cosmopolitanism », *in* J. Cohen (éd.), *For love of country : debating the limits of patriotism*, Boston, 1996, p. 2, spéc. p. 9 : « *The first one encircles the self, the next takes in the immediate family, then follows the extended family, then, in order, neighbors or local groups, fellow city-dwellers, and fellow countrymen – and we can easily add to this list groupings based on ethnic, linguistic, historical, professional, gender, or sexual identities. Outside all these circles is the largest one, humanity as a whole* ».

113 K. A. APPIAH, « Cosmopolitan Patriots », *in* P. Cheah, B. Robbins (éd.), *Cosmopolitics : Thinking and Feeling beyond the Nation*, Minneapolis, Londres, University of Minnesota Press, 1998, p. 92 ; P. S. BERMAN, « Global legal pluralism », *Southern California Law Review*, 80, 2007, p. 1155, spéc. p. 1169 ; rappr. B. ROBBINS, « Introduction Part I : Actually Existing Cosmopolitarism », *in Cosmopolitics : Thinking and Feeling beyond the Nation*, *op. cit.*, p. 3.

114 G. AGAMBEN, *La communauté qui vient. Théorie de la singularité quelconque*, trad. M. Raiola, Paris, Seuil, 1990.

115 J. DERRIDA, *op. cit.*, p. 59 et s.

116 Notamment lorsqu'est intégré comme point de contrôle un contrôle de proportionnalité (v. *infra*, n°547, 593 et s.).

117 M. MAHLMANN, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 7ème éd., 2023, par. 21, n°79 et s., p. 310 et s.

convaincant. La réflexion qui suit ne saura donc se concentrer uniquement sur les méthodes de reconnaissance, mais intégrera le conflit de lois.

Les débats traversant la théorie du droit permettent de prendre du recul par rapport à une ou des postures éthiques qui viendraient influencer les propositions venant appréhender les normes non étatiques. La tentation est en effet grande de déterminer une posture éthique au droit international privé comme point de départ de la réflexion afin de penser les méthodes et notamment leur ouverture au non étatique. Or il convient de ne pas immédiatement « enfermer » le droit international privé dans une éthique particulière ou plus généralement dans l'éthique, afin de notamment prendre en compte son intégration dans le politique[118].

B- L'apport des sciences sociales et politiques

12. A écarter le nationalisme méthodologique, la tentation est grande d'utiliser des concepts et méthodes d'autres disciplines académiques (sociologie, économie, esthétique, histoire sociale, histoire des idées, psychologie, linguistique…) et d'adopter pour le traitement du sujet des notions telles que celles de « communauté », de « réseau », ou encore de « minorité ». Il pourrait en effet être soutenu que d'autres disciplines sont susceptibles d'apporter un vocabulaire et des solutions opportunes au problème de la confrontation de normes étatiques et non étatiques.

Une telle approche peut paraitre d'autant plus attirante une fois admise l'idée que le droit appartient à l'ordre du discours. A citer les propos de J. Le Goff,

« *[n]ous touchons là l'un des plus grands changements dans l'approche du droit, à savoir l'abandon progressif de son identification à une grammaire auto-suffisante pour un discours juridique dont on a fini par comprendre qu'avant d'être une technique, il est le langage que la société tient sur elle-même. Et pour être saisi dans toutes ses harmoniques, ce discours suppose la convergence des approches par mobilisation d'autres savoirs que juridique sur un mode interdisciplinaire et polyphonique* »[119].

On remarquera que réduire le droit à un discours ne saurait être entièrement satisfaisant[120], et qu'à retenir une telle approche, il est nécessaire de préciser qu'il ne s'agit que d'un discours parmi d'autres (médiatique, artistique…). Il reste que ces discours peuvent se fonder sur des termes communs récurrents (culture, régulation, réseau, vivre-ensemble[121]…), bien qu'on ne puisse exclure qu'ils revêtent des significations différentes selon les disciplines[122]. Ces termes peuvent venir

---

118 « *An "ethical" perspective is - potentially at least - more conducive to apprehending the limits of reason and to conceptualizing the plurality of values, and I certainly feel closer to the different approaches that speak in terms of "ethics" instead of "morality". The problem with them, however, is that, while being generally more receptive to the role of rhetorics and persuasion and the importance of "differences", they either avoid or do not emphasize enough the need to put some limits to pluralism, and they do not acknowledge the hegemonic nature of every possible consensus and the ineradicable violence that this implies* » (C. MOUFFE, *The democratic paradox*, Londres, New York, Verso, 2000, p. 134). Il existe en effet selon l'auteure une tension irréductible entre éthique (plus précisément libérale) et politique.

119 J. LE GOFF, « Introduction », *in* M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 13, spéc. p. 14. Rappr. R. LIBCHABER, *op. cit.*

120 V. *infra* (n°189 et s.), et plus particulièrement les développements sur la *jurispersuasion*.

121 R. MICHAELS, « Banning Burqas : The Perspective of Postsecular Comparative Law », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2017 (vol. 28), p. 213.

122 V. sur le sujet la pensée d'A. Riles telle que présentée par H. MUIR WATT (Compte rendu de l'ouvrage : Pour une anthropologie des savoirs juridiques, par Annelise Riles, collection d'articles traduite et présentée par Vincent Réveillère, Dalloz, Coll. « Rivages du droit », 2022, *RCDIP* 2022, p. 836), et notamment sur le deuxième texte.

mutuellement se renforcer au service d'une même rhétorique ou idéologie, ou, d'un point de vue scientifique, être de possibles vecteurs de changement par emprunt d'une discipline à l'autre.

13. L'emploi de concepts étrangers au droit ne saurait, à titre général, être approuvé[123]. A admettre que les disciplines convoquées soient confrontées au même questionnement, nécessairement formulé de manière abstraite (1), les solutions et concepts proposés restent pensés avec le regard, les outils et les objectifs d'une discipline particulière[124] (de manière caricaturale, le juriste pense le rapport du droit à la société, et le sociologue le rapport de la société au droit). Il reste que l'analyse des propositions émanant d'autres disciplines permet d'adopter un regard critique quant aux solutions de droit positif et d'alimenter la recherche de solutions alternatives[125]. En outre, une fois les enjeux communs plus précisément définis, le recours à un regard « interdisciplinaire » (au sens faible)[126] ne saurait être entièrement rejeté : il ne s'agit alors pas de transposer les concepts, mais de s'appuyer sur certains résultats pour fonder des propositions juridiques tout en s'assurant la pertinence de moyens juridiques pour répondre aux enjeux mis en lumière[127] (2).

---

123 On empruntera toutefois les termes « Autre » ou « altérité » jusqu'à ce qu'une conceptualisation soit réalisée ; il ne s'agit pas là de faire référence à une théorie postmoderne particulière mais de soutenir un effort de définition, propre au droit international privé. Pour le choix de la terminologie employée dans ce travail, v. *infra* n°116 et s.

124 L'effacement des frontières du « phénomène » juridique ne signifie en aucun cas l'effacement des frontières disciplinaires : même si « *les parois de la pyramide sont ébranlées* » et que « *la pertinence de la représentation du droit sous la forme d'un corps solide, tel que la sphère ou le cube, est remise en question* » (A. BAILLEUX, discutant la théorie de F. Ost et M. van de Kerchove, « À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2005, n°55, p. 91, spéc. p. 97), le point de vue pour penser une solution particulière (et le choix même de son traitement) reste situé.

125 M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 30 et s. ; A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation - Cinq leçons d'histoire et de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, LFDJ, coll. Droit et Société, n°20, 1998, spéc. p. 149 et s.

126 Les auteurs B. VAN KLINK et S. TAEKEMA (« A Dynamic Model of Interdisciplinarity : Limits and Possibilities of Interdisciplinary research Into Law », Tilburg University Legal Studies Working Paper n°010/2008, *Tilburg Working Paper Series on Jurisprudence and Legal History* n°08-02, 2008, https://ssrn.com/abstract=1142847, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024) distinguent quatre types de travaux interdisciplinaires, les deux premiers pouvant être considérés comme d'un niveau faible d'interdisciplinarité.

- Heuristique : quand un élément d'une discipline est utilisé pour défendre un argumentaire d'une autre discipline (simple référence).
- Auxiliaire : les éléments d'une discipline sont nécessaires à la construction de l'argumentaire de l'autre discipline.
- Comparatif : les disciplines travaillent sur le même questionnement, mais chacune avec sa propre perspective et ses propres référents.
- Interdisciplinaire au sens strict, lui-même divisé en deux sous-catégories. Le sous-type « perspectif » de la recherche interdisciplinaire intègre les méthodes de recherche de deux disciplines au sein d'une recherche commune, mais n'aboutit pas à une conclusion intégrée unique ; chaque discipline continue à développer sa propre réponse spécifique à la question commune. Le sous-type interdisciplinaire intégré formule une réponse commune.

127 J. HABERMAS, *Logique des sciences sociales et autres essais*, Paris, PUF, 1987, p. 416 et s. Pour un exemple d'interdisciplinarité au sens strict, v. l'article de K. KNOP, R. MICHAELS, A. RILES précité.

1- La « problématique de la diversité culturelle »[128] fait l'objet de réflexions dans de nombreux domaines[129], l'appartenance culturelle apparaissant comme un critère pertinent pour penser certains enjeux sociétaux et réfléchir à des solutions (politiques, juridiques)[130]. Comme le souligne A. Chebel d'Appollonia, « *[l]e retour au culturel comme indicateur d'identité correspond, d'une part, à la mise en question des identités nationales internes, notamment sous l'effet des flux migratoires, et, d'autre part, au débat de plus en plus large sur l'agencement des nations au sein d'une structure européenne à vocation fédérale* »[131]. Apparaissent alors des discours relatifs au respect de la culture étrangère, de sa protection[132], comme des discours ayant pour thème l'étranger comme menace pour « l'intégrité culturelle », nationale ou européenne[133].

Le droit international privé n'y est pas indifférent ; cette problématique apparait principalement dans le domaine personnel et familial, ce domaine étant classiquement présenté comme ayant pour enjeu l'identité de l'individu[134], notamment culturelle. En d'autres termes, l'Autre y est considéré en tant qu'être concret et culturel.

Le référent culturel est utilisé par de nombreuses disciplines et ne saurait être une évidence ontologique[135]. C'est un outil sémantique, dont l'utilisation a pu être dénoncée[136]. Comme le souligne A. Büchler, l'identité culturelle permet de procéder à une distinction entre soi et étranger, d'introduire une binarité ainsi que la construction d'abstractions (l'islam au singulier) et d'identités absolues (l'individu est ramené à sa religion). La culture est un marqueur de différenciation pour le juriste occidental et est liée à la représentation selon laquelle il y aurait des entités séparées, fermées,

---

128 On peut citer des ouvrages particulièrement divers traitant de ce sujet, embrassant parfois une approche interdisciplinaire. V. par exemple : J. LOMBARD, « Diversité culturelle et définition anthropologique de la loi », *in* J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 385 ; H. POURTOIS, « Morale de la reconnaissance et diversité culturelle », *in* J. M. Chaumont et H. Pourtois (éd.), *Souffrance sociale et attentes de reconnaissance. Autour du travail d'Axel Honneth*, Numéro spécial de la revue *Recherches sociologiques*, 1999/2, p. 43 ; D. WOLTON, *L'autre mondialisation*, Manchecourt, Flammarion, 2003 ; M.-C. FOBLETS, N. YASSARI (éd.), *Approches juridiques de la diversité culturelle / Legal approaches to cultural diversity* (vol. 2009), Nijhoff, Leiden/Boston, Brill, 2013.

129 V. ainsi : B. BARRY, « Statism and nationalism, A Cosmopolitan Critique », *Nomos*, vol. 41, 1999, p. 12 ; N. FRASER, « From Redistribution to Recognition ? Dilemmas of Justice in a "Post Socialist" Age », *New Left Review*, 1995 (212), p. 68 ; S. M. OKIN, « Feminism and Multiculturalism : Some Tensions », *Ethics*, 1995 (108), p. 661 ; A. SHACHAR, « Two Critiques of Multiculturalism », *op. cit.*

130 T. FISHER, « A Nuanced Approach to the Privatization Debate », *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 5 (1), 2011, p. 71, spéc. p. 79 et s.

131 A. CHEBEL D'APPOLLONIA, « Les morales de l'Autre, les identités nationales », *in* B. Badie, M. Sadoun (dir.), *L'Autre, Etudes réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996, p. 137, spéc. p. 148.

132 Par exemple (et pour des développements, *infra* n°109) : G. TEUBNER, P. KORTH, « Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society », *in* M. Young (éd.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, 2012, p. 23.

133 « *[U]ne culture erronée et étrangère devient menaçante* » (E. GELLNER, « Le nationalisme et les deux formes de la cohésion dans les sociétés complexes », *in* G. Delannoi et P.-A. Taguieff (sous la dir. de), *Théories du nationalisme, Nations, nationalité, ethnicité*, Paris, Kimé, 1991, p. 233, spéc. p. 243).

134 Rappr. P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12ème éd., 2019, n°529, p. 365.

135 « *Race and ethnicity are not « natural » categories even though both concepts are often represented as if they were. Their boundaries are not fixed nor is their membership uncontested. Race and ethnic groups, like nations, are imagined communities. People are socially defined as belonging to particular ethnic or racial groups, either in terms of definitions employed by others, or definitions which members of particular ethnic groups develop for themselves. They are ideological entities, made and changed in struggle. They are discursive formations, signaling a language through which differences that are accorded social significance may be named and explained* » (M. BULMER, J. SOLOMOS, « Introduction : Re-thinking Ethnic and Racial Studies », *Ethnic and Racial Studies*, 1998, vol. 5, n°21, p. 819, spéc. p. 822.

136 A. BÜCHLER, « Kulturelle Vielfalt und Familienrecht », *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 43, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, p. 215, spéc. p. 217.

épousant des structures et logiques différentes. Classiquement en droit international privé, cette représentation se traduit par le postulat selon lequel ces cultures épouseraient les frontières étatiques et seraient intrinsèquement liées à la nationalité[137].

2- Il s'agit cependant là d'une représentation qui est largement remise en question par les sciences sociales : l'idée que l'identité culturelle est réductible à un ensemble de caractéristiques essentielles, partagées par l'ensemble des membres d'une collectivité, est abandonnée au profit d'une vision plus dynamique, concevant l'identité comme interaction entre les individus et entre groupes[138]. Par ailleurs, l'intensification de la mondialisation s'accompagnerait d'un déplacement des espaces qui servent à la construction de l'identité. Les espaces supranationaux donneraient naissance à des identités universelles, hybrides, polyphoniques et ubiquitaires. Parallèlement, on assisterait à la formation ou à la réactivation d'identités infranationales défensives faisant appel à des catégories telles que l'appartenance ethnique et religieuse, soit à des identités locales et homogènes. Ces deux dynamiques identitaires vont de pair et peuvent se cristalliser au sein d'un même individu, devant composer avec un ancrage culturel multiple et parfois contradictoire.

14. De telles données incitent à repenser les solutions relatives à la gestion de la diversité culturelle, se manifestant notamment par l'expression et la manifestation de pratiques religieuses ou communautaires dans les Etats occidentaux. La question de l'expression de ces pratiques, de leur signification et de leur intégration fait l'objet de travaux sociologiques et politiques venant apporter des clés de compréhension et des propositions de solution[139].

Le droit international privé est impliqué dans ces réflexions dans une mesure toute particulière, puisqu'il suppose l'existence d'un élément d'extranéité[140], impliquant une première délimitation de ce qui est « interne » par rapport à ce qui est « étranger »[141]. Une fois retenu le caractère normatif de certains « ensembles » ou « collectivités » et son caractère fondateur d'une identité culturelle, une fois la pertinence de cette notion réévaluée, pourquoi ne pas retenir l'application de telles normes comme « loi applicable » sur le terrain du droit international privé ?

Une telle réflexion se pose à titre principal en matière personnelle et familiale. En effet, « *[l]a famille procure un observatoire privilégié des logiques (parfois bien irrationnelles) à l'œuvre à la charnière de l'individu, du*

---

137 Pour une critique, v. not. D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité (Etude de droit des personnes et de la famille)*, préface F. Terré, LGDJ, 2000 (et plus particulièrement *infra* n°276 et s.).

138 V. not. : K. A. CERULO, « Identity Construction: New Issues, New Directions », *Annual Review of Sociology*, 1997, vol. 23, p. 385 ; C. CALHOUN, « Social Theory and the Politics of Identity », *in* C. Calhoun (dir. publ.), *Social Theory and the Politics of Identity*, Oxford, Blackwell, 1994, p. 9 ; S. HALL, « Cultural Identity and Diaspora », *in* J. Rutherford (dir. publ.), *Identity - Community, Culture, Difference*, Lawrence and Ishart, Londres, 1990, p. 222 ; M. MARTINIELLO, *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, Paris, PUF, 1995 ; J. RINGELHEIM, « L'appréhension juridique de l'identité culturelle : entre autodéfinition et objectivation », *in* M.-C. Foblets, N. Yassari (éd.), *Approches juridiques de la diversité culturelle*, *op. cit.*, p. 137, spéc. p. 140.

139 V. les travaux d'A. SHACHAR précités et plus particulièrement, explorant les mécanismes particuliers d'accommodation en fonction de différents « contextes » : « Two Critiques of Multiculturalism », *op. cit.*, spéc. p. 293.

140 Ce n'est pas toujours le point de vue retenu en doctrine. V. not. J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39.

141 K. KNOP, « Citizenship, Public and Private », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, p. 309, v. *infra* n°246 et s.

groupe familial, de la société et de l'Etat »[142]. La famille est à la croisée de différents ordres normatifs, qui peuvent véhiculer des normes à contenu contradictoire. Elle cristallise nombre de tensions entre identité culturelle individuelle et cohésion sociale (se traduisant par une homogénéité des solutions juridiques), et plus généralement entre droit et culture, entre liberté et égalité[143].

Peu de domaines sont en effet aussi fortement confrontés aux attentes juridiques et sociales que la famille, qui est à la fois un des domaines les plus privés, mais en même temps l'objet de discours publics particulièrement vivants sur le genre, l'autonomie et la responsabilité. Les dogmes du droit de la famille sont ainsi souvent le motif de débats publics sur les chances et les dangers de la diversité culturelle. On observera que, du point de vue du « droit » musulman, la famille est le domaine qui présente la plus grande densité de normes, celles-ci étant conçues comme ayant une valeur « juridique » particulièrement élevée. Malgré les codifications juridiques d'inspiration européenne, les normes inspirées de la *charia*[144] restent particulièrement effectives, et la *charia* est parfois élevée au rang de symbole d'une identité collective religieuse. Dans les pays européens, on assiste à un phénomène plutôt récent de pluralisation des modèles familiaux[145], les projets de vie se caractérisant par « *un mélange contradictoire d'aspirations traditionnelles et de nouvelles attentes* », et « *une multitude de formes de vie, d'amour et de relations* ». Cette tendance, espérée par certains, plutôt subie par d'autres, ou encore combattue avec acharnement[146], mène à des réflexions intenses sur le contenu et le rôle du droit de la famille. Certains dénoncent ainsi l'absence de « *valeurs familiales occidentales cohérentes* »[147]. Cette pluralisation interroge sur l'étendue de la possible intégration de phénomènes de « droit » de la famille étrangers, et non étatiques. A reprendre les termes d'A. Shachar, si le pluralisme est en lui-même un danger pour la cohérence, le domaine personnel et familial pourrait

---

142 A. BERNARD, « Fleurs de papier, fleurs de tombeaux », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 13, spéc. p. 22 ; H. KRAUSE, « Comparative Family Law : Past Traditions Battle Future Trends – and Vice Versa », *in* M. Reimann, R. Zimmermann (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 1099.

143 A. BÜCHLER, *op. cit.*, spéc. p. 219.

144 La *charia* signifierait littéralement « le chemin » ou « la voie » qui mène à Dieu. Ce chemin « *[…] est un mode de vie, englobe les codes généraux de comportement, les catégories morales d'actions humaines, les règles des rituels ainsi que l'ensemble des règles du droit civil, commercial, international et pénal [...]. Les principes fondamentaux du Coran étaient considérés comme des principes éternels, tandis que le raisonnement et les prescriptions (fiqh) en découlant ne l'étaient pas, parce que le régime juridique est l'œuvre de l'homme* » (A. BEHIERY, A. M. GUENTHER, *Islam : Its Roots and Wings*, Conseil canadien des femmes musulmanes, Mississauga, 2000, p. 14, tel que cité et traduit par M. Boyd, *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, 2004, p. 49). C'est ainsi que certains auteurs préfèrent parler de « *fiqh* » et non de *charia* (B. DUPRET, « What is Islamic Law ? », *Theory, Culture and Society*, vol. 24(2), 2007, p. 81), lorsque la discussion est portée sur le terrain juridique. Pour notre étude, nous tiendrons les expressions *charia*, *fiqh*, droit musulman ou droit islamique pour équivalentes, sans exclure que le « droit musulman » soit le fruit d'une invention européenne guidée par un « *idéal de rationalité généralisée* » (https://theconversation.com/*charia*-droit-musulman-constitutions-comment-faire-du-droit-avec-lislam-161850, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024) ; v. sur le sujet : J.-Ph. BRAS, *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Paris, Karthala, 2015) ni nier que ces termes renvoient potentiellement à des réalités différentes. Le flou qui règne sur la notion, s'il doit être noté, ne doit pas *a priori* être dissipé. Pour notre concept d'ordre non étatique, v. notamment *infra* n°343.

145 Diversité des couples, diversité des situations parentales. V. sur le sujet, en nuançant toutefois le propos : O. ROY, « Le modèle français : évolutions et résistances face au pluralisme familial », *in* O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial,* Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011, p. 23.

146 V. not. les propos d'E. BECK-GERNSHEIM, *Was kommt nach der Familie ? Einblicke in neue Lebensformen*, Nördligen, Beck, 3ème éd., 2010, p. 10 et s.

147 A. BUECHLER, *op. cit.,* spéc. p. 220, traduction libre : « *[l]a famille reste synonyme d'espoir, mais les consciences traditionnelles sur sa constitution ont disparu. Il en va de même pour les valeurs familiales : le mariage est certes inscrit dans la mémoire collective en tant qu'institution chrétienne, mais un examen ontologique suggère que ses éléments constitutifs - conclu pour la vie, monogame et de sexe différent - n'ont que peu d'effet normatif* ».

constituer une exception, puisqu'il s'agirait précisément dans ce domaine de permettre l'expression de l'identité et de croyances, soit de permettre un pluralisme religieux et culturel[148]. La confrontation avec d'autres modèles, notamment religieux, déclenche corrélativement et nécessairement un processus d'affirmation de soi.

15. La réflexion engagée implique une mise en perspective critique au regard d'autres disciplines traitant de la diversité culturelle ainsi que le recul théorique que propose la théorie du droit. Le recours à des disciplines académiques autres que juridiques éclaire la compréhension de certains éléments de langage commun à partir d'hypothèses explicatives que le droit ne considère pas et propose des éléments de solution stimulant la réflexion. Toutefois, ce recours doit lui-même faire l'objet d'un examen critique délicat, considérant les limites et difficultés de « traduction » de notions et réflexions d'une discipline à l'autre. Cet examen est guidé par l'objectif poursuivi, celui de proposer une solution juridique à une problématique dépassant cette discipline académique.

C- Un traitement du non-étatique sur le terrain du droit international privé ?

16. Insistons d'ores et déjà sur un premier point, qui permettra de dissiper tout doute sur l'objectif poursuivi par la recherche engagée : loin de nier que le droit international privé organise « essentiellement » la coexistence des droits étatiques, il s'agit précisément de questionner cette essence et de tenter de proposer, non sans justification, un modèle alternatif prenant en compte certaines normes non étatiques (A). Deux types d'objections peuvent être immédiatement soulevées : d'une part, la prise en compte de « coutumes » ou de « traditions » en droit international privé semble ne pas répondre aux enjeux contemporains et ainsi souffrir d'une désuétude actée (B) ; d'autre part, le principe de l'autonomie de la volonté serait la solution évidente pour prendre en compte de manière satisfaisante de telles normes (C). Il est permis de douter de telles affirmations, permettant de mettre en lumière certains enjeux du sujet et de préciser la problématique (D).

A- Le droit international privé organise la coexistence des ordres juridiques étatiques

17. Il ne nous aura pas échappé que le droit international privé organise essentiellement la coexistence des ordres juridiques étatiques et que ses techniques et méthodes actuelles sont pensées au regard de ceux-ci[149]. Aussi, le but de la recherche n'est pas de relever les rares prises en compte de normes non étatiques et de montrer qu'en réalité, ces normes bénéficient d'un traitement sur le terrain du droit international privé. Il est davantage question de proposer d'accorder une certaine relevance aux normes non étatiques, de manière à mieux satisfaire certains objectifs du droit

---

[148] « *Immigrants, indigenous peoples, and those whose culture or religion placed them within a minority group now seek more openly to preserve aspects of their family traditions or to use those traditions to maintain their identity. […] A pluralism that permits members of cultural or ethnic groups to maintain distinct communities with significant social and political autonomy is controversial in the American context, because of the perceived costs to the coherence of the larger union and to the meaning of individual citizenship. For this reason, the development of separate legal systems regulating distinct minority communities is not a broadly viable alternative. In the context of private family law disputes, however, the primary purpose of cultural and religious pluralism is to allow individuals to express and maintain their identity and beliefs in the setting of their family relationships* » (A. L. ESTIN, « Unofficial Family Law », *Iowa Law Review*, vol. 94, n°2, 2009, p. 449, spéc. p. 555 et s.).

[149] V. notamment *infra* n°127 et s., au sujet de la méthode bilatérale.

international privé. Ainsi, la relevance de la norme non étatique pourrait, dans certains cas, se justifier par l'importance du respect des prévisions des parties, croyant légitimement en l'autorité de l'ordre ou de la norme non étatique. Le référent non étatique pourrait donner naissance, dans certains contextes, à des prévisions « légitimes » des parties[150] qui ne se satisfont pas d'un traitement ponctuel mais qui appellent une modification des méthodes-mêmes de droit international privé. A prendre l'exemple du mariage coutumier à l'étranger, selon des modalités inconnues du droit étatique étranger applicable, le respect des rites coutumiers pourrait faire naître des légitimes prévisions des époux quant à la validité de leur union.

Que le droit international privé, pensé du point de vue de l'Etat français ou des Etats européens, ait précisément pour objectif d'ignorer le non-étatique afin de conforter le pouvoir des Etats en évinçant toute concurrence normative, est une explication plausible du droit positif[151]. En niant l'existence de normes non étatiques à l'étranger, celles-ci ne pourraient prétendre à une quelconque revendication juridique en interne. Reconnaitre l'existence de normes religieuses en tant que telles pour la résolution de litiges « internationaux » (par exemple l'existence de la *charia*) rendrait l'opposition aux revendications de normes religieuses en interne plus difficile. En d'autres termes, il s'agirait de préserver « *l'autorité et l'homogénéité de l'ordre interne à l'encontre des infiltrations des normes étrangères indésirables* »[152].

Néanmoins, il nous semble que cette idée nécessite d'être dépassée, et ce à plusieurs titres.

Premièrement, car il nous semble que la valeur symbolique accordée à la norme étrangère applicable, éventuellement non étatique, n'est pas à exagérer en droit international privé : la norme étrangère est mobilisée dans le cadre étroit du litige interindividuel, dépendant d'un ensemble de circonstances de fait précises. La condition juridique de la *charia* dans l'Etat français, notamment sur le terrain de la protection de la liberté religieuse et de conscience, sur celle de la lutte contre la discrimination ou encore et plus généralement sur celui de l'autonomie de la vie privée ne semble pas dépendre de son traitement (par ailleurs inexistant) sur le terrain du droit international privé. En outre, il est permis de douter de l'existence d'un véritable « monopole juridique étatique » à l'encontre des normes ou ordres non étatiques. S'il doit être décelé un quelconque monopole, c'est peut-être celui des Etats d'inspiration judéo-chrétienne, à l'encontre des droits, pourtant de source étatique, de tradition islamique. En témoignerait par exemple l'adoption de l'article 10 du règlement Rome III[153], « *répond[ant] aux craintes exprimées par certains Etats de voir la charia s'appliquer au divorce, notamment par choix des époux. Une loi étrangère admettant la répudiation se verrait ainsi d'office écartée, quand bien même elle aurait été choisie par les époux* »[154].

---

150 Y. PRE, *L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois*, Thèse, Paris 1, *non publiée*, 2022. V. *infra* n°31 (en note de bas de page), 98.

151 V. en ce sens : R. MICHAELS, « The Re-*state*-ment of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, 2005 (51), p. 1209, spéc. p. 1214. V. également *infra* n°59.

152 Sans pour autant spécifier son propos aux normes non étatiques : M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Préf. Y. Lequette, Dalloz, 2005, n°80, p. 82.

153 Règlement n°1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (ci-après : Rome III). L'article 10 dispose que : « [l]orsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ».

154 P. HAMMJE, « Divorce et séparation de corps – La loi applicable au divorce », *Répertoire de droit international*, Dalloz, novembre 2018, n°210.

Deuxièmement, car accorder relevance à des normes non étatiques ne signifie pas n'accorder aucun poids au point de vue normatif étatique étranger. Nous verrons que malgré l'éventuelle prétention à l'universalité de certains ordres non étatiques (notamment religieux), leur effectivité, leur légitimité ainsi que le contenu matériel des normes de ceux-ci dépendent étroitement, nous le verrons, de leur environnement normatif, notamment étatique[155].

Enfin, ne pas prendre en compte les normes ou ordres non étatiques alors même que ceux-ci peuvent fonder des prévisions des parties quant à la norme applicable ou la validité de leur situation peut nuire, *in fine*, au respect de l'autorité de la loi du for[156] : la surprise des parties quant à l'application d'une loi étatique étrangère sans lien avec leur situation pourra faire naître un sentiment de défiance vis-à-vis du droit du for. Nous aurons l'occasion de revenir sur ces différents points au fil de la démonstration.

B- Le refus d'un traitement du non étatique au nom de la désuétude

18. Le droit international privé propose un point de vue particulier afin de traiter de la diversité culturelle, le « filtre » de l'élément d'extranéité rend possible le « relativisme » des normes et des valeurs, caractéristique de la matière[157]. Le droit international privé insiste, dans sa technique-même, sur la différence : la norme étrangère est expressément et spécifiquement nommée dans la décision du juge français, elle est appliquée à la place de la norme française comme base de déduction[158] de la solution (pas de demi-mesure, de recherche de compromis), elle connait un régime de la preuve particulier et lorsque son application au cas d'espèce est jugée choquante, l'outil tranchant de l'ordre public international mène à l'éviction de la norme étrangère et à l'application de la loi du for. L'ensemble de ces éléments montre que la norme étrangère n'est en aucun cas intégrée à l'ordre juridique français mais reste un élément étranger, doté d'un régime juridique propre. Comme le souligne F. Johns, « *[l]à où le juriste international public est plus enclin à voir un point commun "supérieur" ou une "simple" politique, le juriste international privé a tendance à voir une différence - une différence dans et par rapport au droit qui n'est pas toujours susceptible d'être dépassée ou évincée* »[159].

19. En pointant la différence et en portant un jugement de valeur sur les conséquences de l'application de la norme étrangère, le droit international privé « prend au sérieux » son propre ordre juridique comme l'ordre normatif étranger, ainsi que les valeurs culturelles et sociétales que ces

---

155 V. *infra* n°340 et s.

156 B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 791.

157 Certains auteurs fondent le droit international privé, dans les matières touchant à l'identité culturelle d'une personne, sur l'existence d'un « droit à la différence », droit socioculturel (E. JAYME, *op. cit.*, spéc. p. 252 : « *[p]our les matières qui touchent à l'identité culturelle d'une personne, la méthode conflictuelle garantit, mieux que les autres méthodes, les droits à la différence. L'unification des règles substantielles emporterait la destruction des différences. La protection de l'identité culturelle entraîne une pluralité d'identités* »).

158 L'expression est empruntée à P. MAYER (*La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973, n°37, p. 25).

159 F. JOHNS, « Performing Party Autonomy », *Law and Contemporary Problems*, 2008, vol. 71, p. 243, spéc. p. 270 (traduction libre).

normes véhiculent[160], qui sont alors « relevantes ». Or précisément, prendre au sérieux le non-étatique ne relève pas de l'évidence.

Considérer les normes traditionnelles, locales, coutumières, autochtones, religieuses comme une manifestation « juridique » surannée est tout naturellement, au moins partiellement, une conséquence de l'adhésion au paradigme étatique, qui prône l'identité entre Etat, droit et société. La norme non étatique serait tout au plus du « *pré-droit* »[161], voire de l'« *infrajuridique* »[162]. Du point de vue de ce dogme, il s'agit de ne pas prendre en compte ces normes participant effectivement et concurremment à la régulation des rapports sociaux[163].

Quelques auteurs, souvent familiers d'autres disciplines que juridique, réhabilitent la norme non étatique au nom de « *son ancrage au plus près de là où les humains vivent* »[164] ou remettent en cause la frontière souvent dressée entre des modes « traditionnels » et « modernes » de régulation des sociétés ou des formes de gouvernement, notamment à travers la mise en lumière d'une production de symboles et de rituels dans les sociétés dites « modernes », tout comme la « découverte » de procédés de négociation et de médiation, de modes alternatifs de règlement des différends[165], mécanismes proches de ceux observés dans les ordres « traditionnels ». Il s'agirait en outre de ne pas transposer le paradigme étatique à certaines régions du monde « *marquées par des processus de colonisation, de décolonisation ainsi que de migrations* », au sein desquelles « *des conflits de légitimité persistent* » entre normes étatiques et normes coutumières, traditionnelles ou locales[166].

20. Traduites sur le plan du droit international privé, de telles réflexions viennent faire pencher les méthodes vers un personnalisme des lois[167] parfois perçu aux origines de la matière et fondamentalement remis en cause par Savigny[168]. S'il est classiquement admis que les solutions de droit international privé se situent entre les pôles territorialiste et personnaliste et dépendent à cet égard notamment de la matière dans laquelle s'ancre, aux yeux du for, le litige, les réflexions contemporaines tentent de dépasser cette dichotomie. Ces dernières se détachent toutefois de toute considération relative à l'ancrage culturel, voire sociétal, de l'individu. Le droit est conçu comme un système de normes, dont les particularités logiques tendent à évincer toute dimension culturelle ou sociale. Les propositions d'inspiration postmoderne peinent quant à elles, en l'état actuel de la

---

160 Rappr. dans un tout autre contexte et au service d'autres objectifs, la phrase de J. NOWICKI : « *[p]rendre au sérieux la culture, la sienne comme celle d'autrui, c'est être capable de discernement et oser porter les jugements de valeurs sur ce que l'on veut développer, poursuivre, et ce que l'on préfère rejeter comme n'étant pas propre à la culture commune* » (« Communication interculturelle et construction identitaire européenne », *Hermès, La Revue*, vol. 41, 2005, p 131, spéc. p. 133).

161 L'expression est de J.-P. PIERRON, tel que cité par P. Hourquebie, P. Gervier, « Introduction. Les enjeux du pluralisme juridique et judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (n°1), p. 29, spéc. p. 36. L'auteur en critique l'usage. L'expression « pré-droit » se retrouve également dans les écrits de H. LÉVY-BRUHL (et notamment : « Note sur le symbolisme juridique », *L'Année Sociologique*, vol. 9, 1957, p. 335).

162 J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Quadrige, PUF, 2004, 2ème éd., p. 365.

163 V. sur cette idée : G. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », *in* G. Otis (dir), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, coll. « 4 vents », 2012, p. 9.

164 « *Coutume, tradition, ou local ne sont pas des accidents ou du pré-droit mais la manifestation de son ancrage au plus près de là où les humains vivent* » (J.-P. PIERRON, *op. et loc. cit.*).

165 S. ROBERTS, préface de *Order and Dispute*, *op. cit.,* spéc. p. i.

166 P. HOURQUEBIE, P. GERVIER, « Introduction. Les enjeux du pluralisme juridique et judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (n°1), p. 29.

167 J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, p. 3.

168 A reprendre les termes employés par J.-L. ELHOUIESS, l'histoire de l'élaboration du droit international privé a oscillé entre personnalisme et territorialisme (*Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse, vol. 1, Paris, 2000, n°31, p. 22).

pensée juridique, à offrir des solutions juridiques concrètes, susceptibles d'être mobilisées par le juge saisi d'un litige de droit international privé[169].

Or, la prise en compte de la dimension culturelle de certains litiges mettant en jeu l'identité-même des individus ne se solde pas nécessairement par un appel à la personnalité des lois. Tout d'abord, parce que les dimensions personnelle et territoriale sont intimement liées[170]. Ensuite, parce que les méthodes de droit international privé ne se résument pas à un choix de rattachement[171] et que la prise en compte de cette dimension peut se traduire par d'autres « techniques » (mise en œuvre d'une exception de proximité culturelle dans un second temps par exemple). Enfin, contre les théories « systémiques », la démonstration de la nécessité, en matière personnelle et familiale, de penser la relevance de normes non étatiques possédant un ancrage social sera menée[172].

A emprunter le prisme de la diversité culturelle, on remarquera que le droit international privé peut difficilement être isolé à la fois des réflexions de droit international public[173] et de celles relatives à la gestion du pluralisme interne[174]. Il convient toutefois d'ores et déjà de souligner qu'en prévoyant l'application de la loi étrangère à certaines espèces, le droit international privé institue nécessairement une inégalité de traitement entre les situations considérées comme internes et celles considérées comme « internationales »[175]. Au regard de cette particularité, l'analogie avec d'autres domaines du droit connait des limites certaines.

C- L´évidence de la solution de l'autonomie en question

21. La solution la plus évidente est de traiter de la diversité culturelle par l'autonomie de la volonté. Une telle solution possède l'avantage certain de ne pas risquer d'enfermer l'individu, contre son gré, dans un ordre non étatique. La règle de conflit de lois retiendrait le principe d'autonomie,

---

169 On rappellera que le projet postmoderne semble se traduire dans le refus assumé de s'engager dans tout projet analytique.

170 « *Il ne saurait être question, pour autant, de nier le fait qu'une population ne saurait exister sans territoire et, sur ce plan, le principe de personnalité ne peut pas fonctionner sans principe territorial. Les deux principes se rapportent même dialectiquement l'un à l'autre :*

- *le principe personnel individualise les nations en même temps qu'il les fait exister juridiquement ;*
- *le principe territorial organise les nations en même temps qu'il les fait coexister juridiquement ».*

(S. PIERRE-CAPS, « Le principe de l'autonomie personnelle : une solution d'avenir ? », *in* A. Dieckhoff (éd.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 371, spéc. p. 383).

171 Sur le potentiel de la technique du droit international privé : K. KNOP, R. MICHAELS, A. RILES, *op. cit.*

172 V. *infra* n°306 et s.

173 Le droit international privé insiste sur la différence, répondant à un mouvement constant de divergence, alors que d'autres méthodes, et notamment celles de droit international public, répondent davantage, et simultanément, à un mouvement inverse de convergence des normes et valeurs. Sur ces mouvements, v. les réflexions de A.-J. ARNAUD : « *les divers concepts proposés convergent vers un même objectif : rendre compte, de manière propre à frapper les esprits, de la tension qui existe entre les pôles en compétition des comportements humains. L'idée qui les sous-tend est que le holisme politique, idéologie qui correspond à la globalisation, sera contesté en permanence par des tribalismes de toute sorte. La tension entre le "moi" et "l'autre" - que ce soit au niveau de l'égo individualisé, de la tribu préindustrielle, du groupe ou de la communauté culturelle ou ethnique, ou encore de l'Etat nation souverain - est endémique au travers des siècles. Spécifique de la condition humaine, elle sévit de façon récurrente et probablement quasiment inéluctable. Peut-être y aurait-il espoir si l'esprit de coopération venait à l'emporter sur celui de compétition, ne serait-ce que comme une stratégie ultime de survie* » (« Du lien tribal dans le village planétaire », *in* C. Eberhard, G. Vernicos (éd.), *La quête anthropologique du droit*, Paris, Kathala, 2006, p. 27, spéc. p. 38).

Certains auteurs proposent alors une troisième voie, comme c'est le cas de F. KJAER défendant l'idée d'un « droit global » visant à la « connectivité » des différentes collectivités de la « société mondiale » (« L'idée sociologique de « connectivité » et le droit international privé. Vers une architecture constitutionnelle au-delà de l'État ? », *RCDIP*, 2019, p. 929).

174 S. RAMACIOTTI, *op. cit.* (bien que n'ignorant pas, loin de là, les rapports internationaux).

175 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, spéc. n°222 et s., p. 229 et s.

principe qui peut se prévaloir d'une certaine extension dans le domaine personnel et familial positif[176].

Une telle approche, qualifiée de subjective, pourrait par ailleurs se fonder sur le droit positif interne, qui traite le « conflit » entre normes étatiques et religieuses sur le terrain « privé » des convictions religieuses ou philosophiques protégées par le droit de la liberté de conscience[177]. On remarquera en outre que les solutions proposées en doctrine sont, en interne, principalement d'ordre contractuel[178].

Ces solutions internes sont d'autant plus pertinentes que les mécanismes de droit international privé font intervenir, de manière peut-être plus pressante qu'ailleurs[179], en cas de différence culturelle importante et notamment de confrontation avec des normes d'inspiration religieuse (répudiation, polygamie), l'ordre public international, menant à l'application du droit du for.

La solution de l'autonomie individuelle permet de maintenir la supériorité du droit étatique, la légitimité des normes non étatiques se fondant sur l'accord des volontés des parties[180]. Retenir l'application de la norme non étatique sur ce fondement apparait, dans le domaine personnel et familial, réducteur : le principe d'autonomie, lorsqu'il est retenu par la règle de conflit de lois, reste limité aux droits étatiques[181] ; relégué au plan matériel, la désignation de normes non étatiques restera dans l'entière dépendance du droit étatique désigné par la règle de conflit de lois. Il est difficile de postuler que le mouvement de « conventionnalisation » du droit de la famille touche l'ensemble des droits étatiques à travers le monde, permettant l'application de normes non étatiques par le biais de la loi étatique étrangère désignée. A titre d'exemple, le droit iranien applicable à la succession d'un défunt de nationalité iranienne appartenant à la communauté bahaïe ne prévoit que des successions légales, d'inspiration chiite[182]. Les normes de la communauté bahaïe ne pourront donc être considérées par le jeu de la volonté.

---

176 Particulièrement en droit international privé de l'Union européenne. V. sur le sujet : L. D'AVOUT, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *Revue de droit d'Assas*, 2012 (5), p. 70, spéc. p. 75 ; H. MUIR WATT, « La "conduite des conduites" et le droit international privé de la famille : réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du règlement "Rome III" », *in* S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce*, LexisNexis, 2013, p. 729 ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, p. 285.

177 A titre d'exemple, v. l'art. 1200 du Code de procédure civile : « Dans l'application de l'assistance éducative, il doit être tenu compte des convictions religieuses ou philosophiques du mineur et de sa famille ».

178 S. RAMACIOTTI, *op. cit.* V. également les réflexions sur les clauses religieuses, notamment la « clause Liberman » (v. *infra* n°63 en note de bas de page) ou encore celles insérées à la convention d'arbitrage (W. BEN HAMIDA, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », *Annuaire Droit et Religions*, 2017-2018, vol. 9, p. 410 ; v. *infra* n°569 et s.).

179 L.-L. CHRISTIANS quant au droit belge. On peut cependant en dire autant du droit français (« La charia désétatisée : usage collectif et conscience individuelle en Belgique (et en France) », *in* B. Dupret (éd.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique.* La Découverte, 2012, p. 227).

180 V. *infra* n°100 et s., sur une réflexion et une critique de ce fondement de la légitimité des normes non étatiques.

181 Au-delà de la matière familiale, v. Com., 16 nov. 2022, n° 21-17.338, *D.* 2022, p. 2040 ; *RCDIP*, 2023, p. 475, sur lequel nous reviendrons (*infra* n°132).

182 H. AFCHAR, v°Iran, *in* K. Zweigert, U. Drobnig (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law Online*, Brill, Nijhoff, 2018. Le droit des successions iranien diffère fonction de la communauté à laquelle appartient l'individu. Celle-ci doit toutefois être officiellement reconnue, ce qui est le cas des communautés chrétienne, juive et zoroastre. La communauté bahaïe est officiellement considérée comme devant être traitée selon les lois musulmanes chiites (M. ENAYAT, v°Iran (2002), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023).

Même à admettre qu'il convient d'étendre le principe d'autonomie conflictuel aux normes non étatiques, une telle proposition ne saurait être admise sans examiner son incidence sur les autres objectifs poursuivis par le droit international privé (respect des prévisions des tiers, notamment en matière personnelle et familiale[183] ; autorité de la loi étatique étrangère jugée applicable selon les règles de conflit du for)[184]. Par ailleurs, supposer que les parties au litige international se représentent le droit de la famille comme disponible, dans un domaine où l'impérativité de celui-ci est particulièrement vive[185], parait un postulat irréaliste.

22. Au mythe de l'autonomie de la volonté sera préférée une vision de l'individu intégré dans des groupes sociaux multiples dont il fait partie et partage des valeurs ; « *[l]e sujet actif est avant tout membre des différents groupements concrets, il est doté d'une position, d'un statut et d'un rôle sociaux sans lesquels il est impossible de saisir le sens et la portée de ses actes* »[186].

Reste tout de même à concevoir le rapport entre les différentes normes et la manière de les appréhender selon les techniques de droit international privé, tout en ne tombant pas dans l'aporie d'une opposition structurante entre culture et droit (entre identité culturelle et identité juridique ou civile), entre autonomie et déterminisme.

D- Précisions sur la problématique

23. J. Deprez formulait dans les années 80 à l'Académie de La Haye la question suivante : « *[e]st-il pour autant totalement irréaliste d'imaginer que le droit international privé puisse, à l'occasion, comporter des solutions qui prendraient appui non pas sur des ordres étatiques constitués mais sur des entités sociologiques telles que peuples ou nations, qui seraient alors prises en compte pour elles-mêmes, indépendamment de la manière dont elles se définissent et se situent par rapport aux Etats sur l'échiquier international ?* »[187].

Désigner « *le droit qui gouverne le milieu social dans lequel la relation s'inscrit* »[188], peu important sa source, étatique ou non, permet-il de garantir la réalisation des objectifs de droit international privé, et notamment le respect de la sécurité juridique ou des prévisions légitimes des parties ? Plus spécifiquement, désigner une norme non étatique, éventuellement « culturelle », permet-il de répondre aux objectifs assignés au droit international privé en matière personnelle et familiale ? Une telle désignation peut-elle être pensée selon les mêmes termes que la désignation d'une loi étatique ? Ou convient-il de prévoir une coordination spécifique, insistant sur les différences irréductibles entre normes étatiques et non étatiques ?

Il a pu être soutenu que « *le pluralisme juridique permet peut-être de décrire une <u>complémentarité</u> entre ordres normatifs, mais certainement pas de justifier qu'un conflit se solde par la défaite du droit commun étatique* »[189]. La question de la relation entre loi étatique et norme non étatique étrangères se pose en effet avec

---

183 V. par exemple, la possibilité pour le tiers intéressé de demander la nullité du mariage.
184 V. *infra* n°344 et s., 380 et s.
185 V. *infra* n°252 et s. (sur le caractère essentiel du droit de la famille pour les communautés non étatiques socioculturelles).
186 C. GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, 1988, n°7, p. 47, spéc. p. 50.
187 J. DEPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *RCADI*, vol. 211, 1988, p. 9, spéc. n°153, p. 357.
188 *GADIP,* Civ. 1, 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff*), n°52, spéc. n°3, p. 484.
189 D. GUTMANN, *op. cit.*, n°523, p. 431 (nous soulignons).

acuité. A emprunter des termes familiers, une fois la relevance de normes non étatiques montrée, quel poids accorder aux intérêts de l'Etat étranger qui aurait été désigné par la mise en œuvre classique de la règle de conflit de lois[190] ? Est-il judicieux de prendre en compte le pluralisme permis par le droit étatique étranger selon ses vues[191] ?

24. A travers cette étude, il s'agira principalement d'évaluer la pertinence du paradigme étatique de droit international privé au regard de certains objectifs, du droit international privé, et plus précisément de la matière personnelle et familiale internationale. Les réflexions actuelles empruntent majoritairement un chemin inverse : elles envisagent la coordination avec un ordre juridique ou normatif particulier, afin d'apprécier la pertinence du droit international privé et de ses méthodes[192]. A ce titre, elles permettent d'évincer une difficulté importante, qui est celle de se mettre d'accord sur ce qui caractérise le droit international privé. En effet, les termes de l'analyse sont mouvants : tant le droit international privé[193] que les normes non étatiques sont difficilement définissables. Les deux notions peuvent par ailleurs être considérées comme interdépendantes. Ainsi, au lieu de se demander s'il est possible d'accorder une relevance aux normes non étatiques en droit international privé, on pourrait réfléchir à une définition du droit international privé permettant précisément d'appréhender les normes non étatiques. En d'autres termes, le questionnement pourrait être résumé ainsi : quel droit international privé pour quelle(s) norme(s) non étatique(s) ? Il reste que le droit international privé est caractérisé par ses méthodes et un ensemble de techniques se fondant sur une certaine dogmatique juridique[194]. Ceux-ci ne peuvent, après examen, pas être réinventés si aisément, et s'il convient de choisir un point d'ancrage pour entamer la recherche, il parait assez raisonnable de préférer le « droit international privé » aux « normes non étatiques ». Les résultats d'une telle recherche pourront éventuellement être recoupés avec ceux résultant du chemin inverse.

Incidemment, il s'agit de situer et de réfléchir à la place du droit international privé comme méthode de coordination avec les normes non étatiques, notamment au regard d'autres techniques ou méthodes comme le contrat, l'obligation d'accommodation raisonnable, le contrôle de proportionnalité connu de la confrontation des droits fondamentaux. Plus largement, il sera également question de mesurer les limites, par le prisme du droit international privé, d'une réglementation juridique des relations privées internationales.

---

[190] Ph. FRANCESCAKIS, « Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante », *RCADI* 1964, vol. 112, p. 269, spéc. p. 329 et s.

[191] Il pourrait ainsi être envisagé d'opérer une distinction se fondant sur la classification de T. FISHER, qui oppose une version « forte » et une version « faible » du « *multicultural privatization model* », qui reconnait dans des mesures différentes l'existence de droits aux entités et groupements culturels (« A Nuanced Approach to the Privatization Debate », *Law & Ethics of Human Rights*, Volume 5, n°1, 2011, p. 71, spéc. p. 79 et s.). Dans la version forte du multiculturalisme, les communautés culturelles et les groupes identitaires bénéficient d'une large reconnaissance formelle et juridique qui leur permet de s'autogouverner conformément à leurs normes et valeurs. Dans la version faible du multiculturalisme, les normes culturelles sont considérées comme venant s'ajouter aux droits individuels sans les écarter. Il s'agit toutefois de concevoir l'existence de « droits différenciés » appliqués à certaines communautés minoritaires. Une telle version est défendue entre autres par W. Kymlicka (v. *infra* n°320) sur le fondement de l'autonomie et du choix.

[192] V. par exemple : C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, 2020. On remarquera cependant que telle ne semble pas être l'approche de S. Brachotte (*op. cit.*).

[193] On lui adjoint souvent le droit des étrangers, on lui assigne un éventail de méthodes qui sont très distinctes dans leur esprit (règles matérielles internationales, …).

[194] V. l'article de R. MICHAELS, A. RILES, K. KNOP (*op. cit.*).

Des enjeux extra-juridiques, principalement idéologiques, sont nécessairement impliqués par un tel questionnement, qui fait appel à une certaine vision et compréhension de l'homme. Il conviendra d'essayer de dégager les postulats idéologiques derrière les différentes propositions élaborées en doctrine, ainsi que de mettre en lumière et de justifier celle finalement retenue.

25. De la conceptualisation de la norme non étatique en droit international privé des personnes et de la famille (Partie I) dépend la détermination de son régime sur le plan des méthodes de conflit de lois comme de reconnaissance (Partie II).

PARTIE 1 : La notion de norme non étatique en droit international privé des personnes et de la famille

> « *Quand donc y a-t-il droit, institution, ordre juridique ? Dans "tout être ou corps social"… Et donc non pas seulement dans l'État, considéré depuis l'apparition de l'État moderne, comme un corps social privilégié jusqu'à la sublimation. Fini donc l'exclusivisme étatique. Imputer à l'État la totalité du phénomène juridique et même plus spécialement l'ensemble des normes juridiques n'est en substance qu'une fiction, qu'une clôture délibérée du champ d'observation* »[195]

27. Le droit international privé français positif fait peu de cas des normes non étatiques. Malgré quelques exceptions et en dépit de l'attention croissante que connaissent les normes non étatiques en doctrine[196], la matière est fortement ancrée dans le paradigme étatique ; il s'agit fondamentalement de coordonner des droits privés étatiques[197]. De surcroit, la coordination avec les normes non étatiques est davantage prônée par le biais de mécanismes de coopération[198], des droits fondamentaux[199] ou de l'incorporation au contrat[200] plutôt que par les méthodes de conflit de lois et de reconnaissance du droit international privé.

28. Les justifications d'une relevance des normes non étatiques en droit international privé sont à rechercher dans les exigences et objectifs propres à la matière. A partir de ceux-ci sera dégagée une définition de la norme non étatique. En effet, deux tentations sont à éviter.

La première est celle de prendre comme point de départ les travaux de sociologie du droit afin de définir ce qu'il faut entendre par norme non étatique. Et pourtant, ceux-ci pouvaient paraitre prometteurs : de la découverte du *living law* par Ehrlich[201] à la classification de R. Macdonald entre normes résultant ou non « *d'un cheminement institutionnel délibérément choisi* » (explicites/implicites) et fonction « *de la manière dont [elles] sont construites et comprises* » (formulées ou inférentielles)[202], ces travaux proposent des approches de la norme profondément nouvelles pour un juriste. Les normes ne pouvant se constater, ces définitions répondent cependant nécessairement aux perspectives de

---

195 Ph. FRANCESCAKIS, Préface de la première édition française, reprise dans la seconde, de S. Romano, *L'ordre juridique*, trad. L. François & P. Gothot, Dalloz, 2ème éd., 2002, p. VIII.

196 Pour un exemple récent : H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*

197 V. ainsi la réflexion sur la relevance à accorder aux normes non étatiques lors de la rédaction du règlement Rome I (*infra* n°132).

198 C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, 2020.

199 E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, vol. 251, 1995, p. 9, spéc. p. 49 et s., p. 167 et s., p. 251 et s.

200 Y. HEYRAUD, *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017.

201 « *The living law is the law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions. The source of our knowledge of this law is, first, the modern legal document; secondly, direct observation of life, of commerce, of customs and usages and of all associations, not only those that the law has recognised but also of those that it has overlooked and passed by, indeed even of those that it has disapproved* » (E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *New Brunswick,* New York, Arno Press, [1936] 1975, p. 493; v. aussi : D. NELKEN, « Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities », *Theoretical Inquieries in Law*, 2008, p. 444). Selon Ehrlich, le droit répond aux normes acceptées et vécues par la société. Sa théorie permet de rejeter hors de la définition de droit les lois étatiques qui ne connaissent aucune réception sociale. Par conséquent, le développement du droit dépend de celui de la société elle-même.

202 R. A. MACDONALD, « Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives » *in* J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormatité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 233, spéc. p. 249.

chaque matière. C'est donc avec une précaution particulière que les théories sociologiques seront convoquées.

La seconde est d'adopter un postulat sur ce qu'est le droit. On pourrait ainsi se fonder sur la définition de l'ordre juridique de Santi Romano afin d'admettre d'emblée l'existence et la légitimité d'ordres juridiques non étatiques répondant au concept de l'institution dégagé par l'éminent auteur[203]. Or, précisément lorsqu'il est question de normes non étatiques, les conceptions du droit ou de l'ordre juridique implicitement retenues[204] sont caractérisées par leur diversité : les propositions d'accorder une relevance à la *lex mercatoria* et ses avatars, aux Principes Unidroit, à une décision rabbinique, du tribunal arbitral du sport ou encore à une coutume ethnique dépendent en effet de conceptions différentes de ce qu'est le droit (ou l'ordre juridique). En outre, la théorie du droit adoptée en tant que postulat subit nécessairement l'influence de la matière juridique à laquelle elle est intégrée. On observera ainsi, que malgré la référence explicite à la théorie romanienne, seul l'ordre juridique sportif est retenu comme tel par P. Mayer, réfléchissant à une coordination entre ordres juridiques sur le terrain des méthodes classiques de droit international privé[205]. Enfin, seule une réflexion sur le statut juridique de la norme non étatique permet de penser l'existence de nuances entre « droit » et « fait » : à une ouverture à certaines normes étatiques pourrait répondre un régime spécifique sur le terrain des méthodes conflictuelles.

29. La notion de norme non étatique, par sa définition négative, est nécessairement fuyante et a le potentiel d'embrasser un ensemble de phénomènes et de concepts caractérisés par une grande diversité, de la récurrence de comportements au produit d'un pouvoir institutionnalisé, en passant par l'impératif purement moral. Une double réduction fonctionnelle des normes non étatiques relevantes sera opérée, au regard d'une part des exigences et objectifs généraux du droit international privé (titre 1) et d'autre part, et plus particulièrement, de la matière personnelle et familiale (titre 2). L'objectif poursuivi est de dégager un concept opératoire de norme non étatique, susceptible d'aboutir à une coordination par les méthodes du droit international privé.

[203] S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. François & P. Gothot, Dalloz, 2ème éd., 2002. V. pour une application récente aux ordres religieux : S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022, spéc. n°11 et s., p. 18 et s. ; et pour une critique précisément sur l'application de ce concept à l'Islam : G. SALAME, Compte rendu de l'ouvrage Laïcité et droit privé de S. Ramaciotti, *RCDIP*, 2023, p. 502.

[204] Pour le postulat « sociologique » retenu par Romano, v. *infra* n°83 et s.

[205] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2003.

Titre 1 : Penser la notion de norme non étatique à partir des exigences spécifiques du droit international privé

31. La notion de norme non étatique se réfléchit nécessairement à partir des exigences et objectifs propres au droit international privé. On remarque en effet que la coordination avec des normes non étatiques peut se présenter, dans d'autres matières, de manière radicalement différente. Tel est le cas par exemple du droit international public, qui peut envisager une coordination avec ces normes par le biais de concepts qui lui sont propres, comme ceux de « peuple » (éventuellement « autochtone »[206]), de « minorité culturelle », de droits fondamentaux « collectifs »[207] ou encore par des mécanismes de coopération institutionnelle (dont un des résultats les plus aboutis est vraisemblablement, pour ce qui concerne les normes non étatiques, la constitution de l'Agence mondiale antidopage et l'adoption par celle-ci du Code mondial antidopage[208]).

Aussi convient-il de préciser la conception retenue du droit international privé : le définir comme prévoyant la « coordination » de « systèmes en conflit »[209] ne saurait suffire à penser des conditions de relevance spécifiques. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant précise qu'en droit international privé, le terme de coordination signifie « *l'ensemble des démarches qui, tenant compte de la diversité des systèmes juridiques sur le plan interne comme international et des difficultés qui en résultent dans les relations privées, tendent à en atténuer les effets, pareille atténuation apparaissant comme la fin première du droit international privé* »[210]. Une telle définition permet de mettre l'accent sur la primauté des intérêts privés[211] dans la conception de la matière. L'ensemble des mécanismes poursuivant cette fin, de l'élaboration de règles matérielles internationales à la coopération d'autorités, en passant par l'élaboration de règles européennes de droit international privé, peut alors être considéré comme

---

[206] V. sur le sujet notamment : V. PARISOT, « L'autochtonie, reflet d'une identité spécifique ? Les enjeux d'une nouvelle catégorie juridique », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 219.

[207] Rappr. G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 172 (v. *infra* n°110 et s.), ainsi que la décision de la Cour EDH du 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce* (H. FULCHIRON, « De l'application de la charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier. Brèves observations au lendemain de l'arrêt *Molla Sali c/ Grèce* de la CEDH », *D.*, 2019, p. 316 ; T. GEORGOPOULOS, « La charia en droit européen et la protection des minorités – L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 décembre 2018, *Molla Sali c/ Grèce* » ; *RFDA*, 2020, p. 485).

[208] L'Agence mondiale anti-dopage regroupe représentants étatiques et membres des organisations sportives. V. F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, spéc. p. 385 ; C. LEGENDRE, *op. cit.,* spéc. n°544, p. 419.

[209] Cette vision du droit international privé remonte à BATIFFOL (*Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, [1956] 2002). Comme le souligne D. J. EVRIGENIS, pour BATIFFOL, le droit international privé s'inscrit dans un ordre international conçu de manière large ; « *[l]'objectif du droit international privé est de faire vivre ensemble des systèmes juridiques différents. C'est une mission de coordination que cette discipline doit accomplir. Voilà donc que la règle de conflit, cet instrument du laboratoire juridique, reçoit un souffle de vie pour s'encadrer, avec toutes les technicités de sa structure et de sa fonction, dans une image du monde profondément humaine* » (D. J. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1966, vol. 118, II, p. 313, spéc. p. 418).

[210] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 13e éd., 2020, v°Coordination, p. 269.

[211] Pour une définition des intérêts privés, ou plus justement de l'intérêt privé (comme objectif du droit international privé), comme « *celui qui vise à défendre les légitimes prévisions des parties* », ces légitimes prévisions étant comprises comme réalisant un compromis entre prévisibilité fondée sur la consultation de la règle de conflit et prévisibilité « naturelle » des parties au moment où celles-ci agissent, v. Y. PRE, (*L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois*, Thèse, Paris 1, *non publiée*, 2022, n°103 et s., p. 57 et s.).

intégré au droit international privé. On ne retiendra pourtant pas une telle vision, en choisissant de se concentrer sur la spécificité de la matière, qui réside dans les méthodes de conflit de lois et de reconnaissance : le droit international privé regroupe les méthodes par lesquelles le juge français saisi utilise une norme étrangère comme base de déduction[212] de son raisonnement en vue de résoudre un litige interindividuel. La référence explicite à la norme étrangère dans la décision du juge français et les possibilités de son éviction impliquent une reconnaissance de l'altérité normative et une distance symbolique avec celle-ci.

Raisonner à partir des exigences et objectifs du droit international privé revient à penser la norme non étatique à partir du système étatique et ainsi à écarter des phénomènes radicalement différents, comme, sur le plan du conflit de lois, les normes non susceptibles d'abstraction[213] ou les corps de règles utilisés comme base de négociation pour l'instance de règlement des conflits étrangère[214]. Une telle mise à l'écart est cependant justifiée, puisqu'aucune coordination de droit international privé n'est alors envisageable.

32. L'admission d'une approche en termes de pluralisme normatif, à mi-chemin entre les théories moniste et pluraliste du droit, semble la plus prometteuse au regard des objectifs généraux de la matière (chapitre 1). Une telle approche permet en effet de conserver la spécificité de la norme étatique et de prévoir un régime spécifique de l'accueil des normes non étatiques. A partir des objectifs de droit international privé, une première définition de la norme non étatique sera adoptée (chapitre 2).

33. Un avertissement est nécessaire : ce premier titre ne se concentrera pas sur la matière personnelle et familiale et ses objectifs particuliers. En effet, c'est par les mécanismes de l'autonomie de la volonté ou de la reconnaissance des sentences, et bien souvent hors de la matière personnelle et familiale, qu'est majoritairement pensée l'éventuelle coordination avec les normes non étatiques. C'est au regard de ces propositions qu'il convient de poser les premiers critères de la norme non étatique et il conviendra de montrer que la matière personnelle et familiale implique une définition spécifique de la norme non étatique.

---

[212] L'expression est empruntée à P. MAYER (*La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973, n°37, p. 25).

[213] Il en va ainsi lorsque le tissu social est particulièrement dense ou lorsque la norme dépend à titre principal de l'établissement d'un consensus dans le traitement particulier de chaque situation (F. VON BENDA-BECKMANN, « Symbiosis of indigenous and western law in Africa and Asia : an essay in legal pluralism », *in* W. J. Mommsen and J. A. De Moor (éd.), *European Expansion and Law : The Encounter of European and Indigenous laws in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford/New York, Berg Publishers, 1992, p. 307. De l'étude de terrain menée par l'auteure, le consensus s'effectue sous la forme d'une « *legal symbiosis* », embrassant *adat*, droit musulman et droit hollandais dans le Sumatra en Indonésie).
En effet, la concrétisation de la norme étrangère par le juge français dans le cadre de la résolution du litige suppose qu'elle possède un niveau d'abstraction suffisamment élevé pour pouvoir se présenter sous la forme « conditions-effet » ou « si… alors… ». Si la formulation ne doit pas nécessairement être rigoureusement celle-ci, il faut que la forme hypothétique et notamment les effets de la norme étrangère puissent se déduire de son intégration à un ensemble normatif particulier. V. *infra* n°93.

[214] D'après les travaux de S. ROBERTS, les Arushas du Nord de la Tanzanie connaissent un corps de règles socialement admises précises et claires. *A priori* donc, même s'il reste à démontrer que le droit international privé peut accorder une relevance aux normes de conduite sociales, on pourrait les appliquer de la même manière qu'on appliquerait une règle étatique française. Seulement, dans cette ethnie, ces règles sont perçues comme négociables, comme des cadres pour parvenir à un compromis, et s'articulent librement au cours d'un litige (*Order and Dispute, An Introduction to Legal Anthropology*, New Orleans, Qui Pro Books, 2ème éd., [1979] 2013, p. 97 et s.).

Chapitre 1 : Le choix d'une approche fonctionnelle de la notion de norme non étatique en droit international privé

34. Si la réflexion sur l'accueil de normes non étatiques en droit international privé semble naturellement s'inscrire dans une approche pluraliste, nous verrons que le monisme permet également de penser celui-ci. La question de la définition de la norme non étatique et de son accueil ne se résolvent pas aisément en rejetant une approche moniste et en inscrivant le travail engagé dans une approche résolument pluraliste. L'enjeu n'est pas celui de l'alternative entre accueil et non-accueil de la norme non étatique mais, nous le verrons, celui des modalités de cet accueil.

Les conceptions moniste et pluraliste représentent deux prismes de lecture de nature idéologique. Il est donc impossible d'apporter, *in abstracto*, la preuve de leur justesse[215] : il n'y a pas de « *preuves empiriques de la nature et de l'existence du droit* »[216] ; l'adoption de l'un ou l'autre de ces prismes dépendra bien souvent du niveau d'analyse : ce que l'on considère comme pluriel à un niveau peut être centralisé à un autre niveau. Un examen des implications et conséquences de ces deux approches sera de ce fait un angle d'attaque plus pertinent et montrera les insuffisances ou impasses d'une adhésion à l'une ou l'autre de ces théories du droit (section 1). L'accueil de normes non étatiques se pense au mieux dans le cadre du pluralisme normatif, à mi-chemin entre pluralisme et monisme et justifié au regard d'une première définition des objectifs du droit international privé (section 2).

---

[215] *Contra* : S. ROBERTS, « After Government ? On Representing Law without the State », *Modern Law Review*, n°68, 2005, p. 1. Pour l'auteur, le droit est nécessairement étatique car intimement lié à la centralisation du pouvoir politique. L'auteur se fonde principalement sur une approche historique du droit : « *I come back to my general argument that the process of centralisation itself throws up the understandings, practices and institutional forms that we have come to associate with law. These understandings and practices have fed back into and sustained centralised government, making it very difficult to think about law without government. So there is a puzzle for me in the way the legal pluralists have turned their backs on a plausible, documented history. Indeed there is something of a tautology in attacking "legal centralism" – law is centralist in its very nature* » (p. 17). Pour une critique, v. *infra* n°116 et s., n°306 et s. V. toutefois sur les difficultés liées à l'absence de centralisation du pouvoir : *infra* n°532 et s.

[216] N. ROULAND, « La croisée des savoirs - L'interculturalité dans la justice », *Les cahiers de la justice*, 2021, p. 679.

Section 1 : L'accueil des normes non étatiques confronté au pluralisme et monisme juridiques : difficultés et impasses

36. Le pluralisme et le monisme juridiques sont deux théories juridiques majeures permettant de penser l'accueil de normes non étatiques. Une brève présentation de ces théories (I) permettra de saisir leurs différences, radicales, quant à l'accueil des normes non étatiques en droit international privé (II).

I- Exposé de la dichotomie entre pluralisme et monisme en droit international privé au regard de la norme non étatique

37. Alors que le monisme est la conception dominante du droit, et a pour cœur l'existence d'un lien consubstantiel entre Etat et droit, le pluralisme juridique est moins aisé à définir. Le terme « pluralisme juridique » revêt de multiples acceptions[217] dépendant de la perspective de l'auteur et des enjeux de la matière au sein de laquelle il inscrit ses réflexions[218]. Ainsi, les auteurs s'emploient quasi-systématiquement à définir le sens dans lequel ils emploient le terme « pluralisme »[219]. En droit international privé, la présentation la plus poussée de ces approches et des conséquences sur la conception de la matière est à notre connaissance celle de D. Boden (A). Confrontées aux normes non étatiques, l'influence du pluralisme juridique, tel qu'il est conçu en sociologie ou en anthropologie du droit, doit être précisée (B).

A- Monisme et pluralisme comme théories du droit (D. Boden)

38. Dans la mesure où le droit international privé prévoit l'accueil d'une norme étrangère, il est parfois considéré comme foncièrement pluraliste[220], amené à gérer la « *diversité du droit* »[221]. Or, le degré de généralité d'une telle affirmation, comme l'a montré D. Boden, ne saurait suffire à caractériser le pluralisme juridique entendu comme théorie du droit (et au sens romanien). Ce dernier, selon l'auteur, « *procède de l'idée qu'il existe plusieurs ordres juridiques, irréductibles les uns aux autres en général, et irréductibles en particulier aux ordres juridiques étatiques (ou à l'un d'entre eux, ou à un ordre juridique*

---

217 H. MOUTOUH, v°Pluralisme juridique, *in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*

218 A.-J. ARNAUD, J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 103 et s. ; J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994, p. 5 et s. ; P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n° 64, p. 3, spéc. p. 3.

219 En se cantonnant à quelques exemples de droit international privé : D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275, spéc. p. 276 et s. ; H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*., n°309, p. 310 ; E. RALSER, « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ-Droit prospectif,* 2003-4, p. 2547 et s.

220 E. RALSER, « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ-Droit prospectif,* 2003-4, p. 2547. L'auteure retient une conception large du pluralisme juridique, qui « *consiste dans la reconnaissance d'une pluralité de groupes sociaux relevant d'ordonnancements juridiques différents. Partant de là, le pluralisme juridique recouvre : la pluralité des sources et des méthodes, la multiplication des droits particuliers dérogatoires du droit commun et, enfin, l'appréhension juridique de la pluralité « culturelle » et « identitaire »* » (p. 2550).

221 Ph. FRANCESCAKIS, « Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante », *RCADI* 1964, vol. 112, p. 269, spéc. p. 281.

qui leur conférerait à tous une unique juridicité), tous ces ordres juridiques nouant entre eux diverses relations, ou refusant d'en nouer »[222].

39. Le critère de distinction entre théorie moniste et pluraliste serait celui de 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* »[223]. Comme l'explique l'auteur, le monisme suppose un unique pouvoir centralisé, l'accueil de la norme étrangère en droit international privé étant assimilé à sa « *naturalisation* », la règle de conflit de lois conférant sa juridicité à la norme applicable (« *l'Etat 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* »[224]).

Quelques précisions au regard de l'accueil de normes non étatiques peuvent être apportées.

1) Monisme

40. La centralisation du pouvoir se traduit du point de vue juridique, selon une approche moniste, par l'existence d'une *Grundnorm* hypothétique (telle que comprise par Kelsen) conférant leur caractère juridique aux autres normes. La *Grundnorm* peut être internationale (monisme universaliste) ou interne (monisme étatique).

- Pour le monisme universaliste, l'accueil d'une norme étatique étrangère se justifie par l'idée qu' « *un Etat ne peut pas nier la juridicité du droit d'un autre Etat sans nier la sienne propre* »[225] car la juridicité dépend d'une *Grundnorm* internationale habilitant les ordres étatiques.
  Une telle approche ne laisse *a priori* aucune place aux normes non étatiques. Il en irait autrement si on pouvait considérer que la *Grundnorm* habilite des ordres juridiques non étatiques. Ce qui n'est ni possible ni impossible à affirmer, en raison de la nature hypothétique de la *Grundnorm*. L'existence d'une norme inférieure à la *Grundnorm*, identifiable et habilitant les ordres non étatiques, est quant à elle douteuse. Nous aurons l'occasion d'y revenir, s'il fallait rechercher une telle norme dans le droit international public, cette recherche se révèlerait peu féconde[226]. Cette conception se révèle ainsi peu féconde pour penser l'accueil de normes non étatiques, et est donc à rejeter.

- Pour le monisme étatiste, la *Grundnorm* est étatique : les droits étatiques étrangers ne sont du droit qu'en raison de leur désignation par les règles de droit international privé françaises. La source de la juridicité est ainsi exclusivement étatique et le modèle se pense sous forme hiérarchique.
  Une telle conception rend possible la désignation de normes non étatiques, qui deviennent alors, par cette désignation, juridiques. Une telle conception a cependant, comme nous le verrons, des implications difficilement soutenables[227].

---

[222] D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275, spéc. p. 277 et s.
[223] *Ibid*., spéc. p. 306. Repris par H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*., n°333, p. 334.
[224] *Ibid*., spéc. p. 284.
[225] *Ibid*., spéc. p. 289.
[226] V. *infra* n°290 et s.
[227] V. *infra* n°50 et s.

2) Pluralisme

41. Le pluralisme juridique implique quant à lui que la question de la juridicité relève de chacun des ordres juridiques concernés. Pour un ordre juridique donné, il est alors uniquement question de relevance de normes étrangères, et non de leur juridicité[228]. Cette théorie permet la relevance la plus large des normes non étatiques, puisque, fondamentalement, elle vise à dénoncer la vision moniste de la vie sociale comme « *un Tout cohérent, homogène et intégré. Voilà pourquoi le pluralisme juridique est généralement considéré comme un courant doctrinal de* relativisation *de l'Etat* »[229].

42. C'est ainsi que, pour H. Muir Watt, le pluralisme juridique, lorsqu'il se traduit par une méthodologie unilatéraliste récognitive (aussi dénommée « *unilatéralisme-statutisme pluraliste* »), sert au mieux l'hospitalité (comme valeur éthique)[230] à réserver aux autres cultures, comprise comme éventuellement détachées d'un support étatique. Le concept de communauté que l'auteure développe a en effet vocation à embrasser des communautés non étatiques et à intégrer les techniques et méthodes de droit international privé (mais pas uniquement[231]).

Ainsi, les modèles pluraliste et moniste répondent à deux visions fondamentalement différentes du droit et ont des répercussions déterminantes en droit international privé, notamment au regard du rôle assigné à la règle de conflit de lois (juridicité et relevance).

B- L'influence restreinte d'un pluralisme sociologique ou anthropologique sur l'accueil des normes non étatiques

43. La définition du terme « pluralisme juridique » connait deux entrées au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* : une entrée générale, où les sens sont distingués en fonction de la matière (droit, sociologie du droit et anthropologie du droit), et une entrée spécifique à ce dernier domaine. La théorie anthropologique définit de la manière suivante le pluralisme juridique : « *1. Courant doctrinal insistant sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux, correspondent des systèmes juridiques multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation ; l'individu est un acteur du pluralisme juridique dans la mesure où il se détermine en fonction de ses appartenances multiples à ces réseaux sociaux et juridiques. […] 3. Sur le plan méthodologique, ces théories insistent sur la nécessité de rechercher les manifestations du droit ailleurs que dans les domaines où les situe la théorie classique des sources du droit* »[232].

Alors que les juristes rejettent classiquement, à juste titre, l'usage de cette définition anthropologique, comme de toute définition sociologique[233], on peut se demander si une réflexion sur l'accueil de normes non étatiques, venant précisément questionner les contours de la notion de droit, ne bénéficierait pas de cette définition. On remarquera en effet, à l'instar Ph. Francescakis dans la préface à la version française de *L'ordre juridique* de Santi Romano, que les théories sociologiques du pluralisme influencent de longue date le droit international privé et les méthodes

---

228 D. BODEN, *op. cit.*, spéc. p. 285.
229 H. MOUTOUH, *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* L'italique (représenté ici par l'absence d'italique) est de l'auteur.
230 H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°271, p. 275.
231 La méthodologie prônée dépasse en effet la distinction interne/externe (H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°328 et s., p. 329 et s.).
232 N. ROULAND, v° Pluralisme juridique (Théorie anthropologique), *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.
233 Par exemple chez D. BODEN, « Le pluralisme juridique… », spéc. p. 276 et s.

du conflit de lois[234], notamment pour ce qui concerne la conception des rapports entre les différentes lois réputées en conflit.

44. Pourrait-on aller un pas plus loin et s'inspirer de l'équation proposée entre groupe social et système juridique afin de définir ce qu'il faut entendre par « loi étrangère » en droit international privé ?

Au soutien d'une telle idée, on pourrait faire valoir la position particulière du juge français saisi d'un litige de droit international privé. Celui-ci est certes interne à l'ordre juridique dont il est l'organe, mais il épouse un regard externe sur les normes à accueillir (le juge est fondamentalement étranger à la norme accueillie, comme le montrent les hésitations quant à son traitement, notamment sur le terrain de la preuve ou de son interprétation ; mais aussi les réflexions récentes sur le « comme si » et les mécanismes réflexifs[235]). La distinction entre regards interne et externe fonde celle entre travaux juridiques et sociologiques[236]. Lorsqu'il est question de la norme étrangère, éventuellement non étatique, le juge français saisi pourrait s'inspirer d'un cadre d'analyse d'inspiration sociologique, mettant en évidence des manifestations non étatiques du droit.

45. Plusieurs objections viennent cependant refuser l'adoption d'une définition anthropologique ou sociologique du pluralisme juridique.

- La première d'entre elles, sur laquelle nous reviendrons dans nos développements sur l'ordre juridique, est celle de la définition de l'unité d'analyse au sein de laquelle le pluralisme juridique est conçu[237]. Hormis les critiques relatives au choix, à ce stade d'ordre purement

[234] Spéc. p. XV et s. V. aussi : H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°279, p. 284. L'influence des théories sociologiques sur le domaine juridique dépasse bien entendu la matière du droit international privé, comme le montre par exemple l'influence des idées de Luhmann sur la théorie de G. Teubner et auxquelles l'auteur se réfère (v. *infra* n°71).

[235] Sur le « comme si », élément de la « pensée latérale », soit l'idée qu'il convient pour le juge du for de statuer « comme le ferait » le juge de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit saisi du même litige tout en étant conscient qu'une telle tâche est impossible : H. VAIHINGER, *The Philosophy of « As if »: A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, New York, Harcourt Brace and Co, 1924; K. KNOP, R. MICHAELS, A. RILES, « From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », 64 *Stanford Law Review*, 2012, p. 589, spéc. p. 634 et s. ; H. MUIR WATT, « Décentrement et hospitalité : libre propos sur l'éthique et les méthodes du droit international privé », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 443, spéc. n°386 et s., p. 451 et s. Cette dernière auteure parle quant à elle dans ses travaux de « *modèles de raisonnement expérimentaux et réflexifs* » (« Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, 2019, n°379 et s., p. 374 et s.). Et déjà, v. la *foreign court theory*. On remarquera que statuer « comme le juge étranger l'aurait fait » comporte une grande part d'« *indétermination* », liée à « *la diversité de points de vue potentiels* » que comporte un droit sur une même question de droit (S. BOLLEE, « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 139, spéc. p. 144, la dernière expression est en italique chez l'auteur, s'exprimant à propos des décisions anglaise et française, *a priori* contradictoires, *Dallah c. Pakistan*).

[236] Par exemple : E. BERNHEIM, « Le "pluralisme normatif" : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/2 (volume 67), p. 1, spéc. p. 1 ; L. LALONDE, « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2012/1 (Volume 68), p. 49, spéc. p. 49.

[237] V. *infra* n°83 et s.

idéologique[238], d'une assimilation automatique entre droit et société[239], la notion de « groupe social » ne parait pas plus aisée à manipuler que celle d'ordre juridique lorsqu'il est question d'appréhender les normes non étatiques en droit international privé (famille, commune, Eglise, entreprise…).

- Le concept de « groupe social » est utile à une analyse sociologique, où il convient d'observer et de comprendre, au sein d'un groupe donné, les dynamiques normatives à l'œuvre. Le groupe est l'unité d'analyse, et est défini en fonction d'objectifs particuliers de recherche sociologique, qui peuvent par exemple être d'ordre géographique (ainsi, pour penser l'articulation entre droit « moderne », droit coutumier et droit musulman, les communautés montagnardes de l'Atlas marocain sont le groupe social pertinent[240]). Il n'est pas tant question de définir précisément le droit que de le mettre en perspective, dans son contexte social, politique, économique, etc[241].

- Dans une approche anthropologique, marquée par la recherche d'universalité, le groupe social est majoritairement compris en opposition à la société globale (étatique ou traditionnelle)[242]. Comme le souligne la définition mentionnée ci-dessus, au groupe social correspond un unique système juridique. L'angle alors favorisé est celui de l'articulation des différents groupes sociaux au sein d'une société globale (verticalité, horizontalité), et ce notamment pour expliquer les changements sociaux. En fonction de comment les auteurs conçoivent ces rapports, la définition du groupe social varie. Chez S. F. Moore par exemple, le groupe social est considéré comme un « *champ semi-autonome* ». Il s'agit d'un ordre normatif s'inscrivant nécessairement dans un espace défini au sein d'une société pluraliste (comme l'Etat-Nation). Les règles émises au sein du « *champ semi-autonome* » sont certes spécifiques, mais tiennent compte de celles des autres champs sociaux. L'autonomie du « *champ semi-*

---

238 Telle est l'argumentation de L. VINX, « Santi Romano against the state ? », *Ethics & Global Politics*, vol. 11 (2), 2008, p. 25, spéc. p. 29 (nous soulignons) : « *Romano's second suggestion is that institutions have considerable value. Institutions are said to help individuals to* "*overcome the weakness and limitedness of their forces*" *and to* "*raise individuals*" *to some higher, more desirable level of existence. Though Romano never makes that claim fully explicit anywhere in The Legal Order, his language intimates the view that, other things being equal, the existence of an institution and of its law is to be regarded as a good thing, as something that ought to be welcomed and supported, in the interest of helping individuals transcend their individual powerlessness and isolation and to realize the* "*social nature…of a human being*". *Where institutions have grown or been created it is typically desirable that they continue to exist, that their legal standing be recognized and their internal normative claims be affirmed by other institutions. To attribute the title of legality to all institutional normativity is perhaps the most dramatic way, for a lawyer, to emphasize the claim that institutions, other things being equal, deserve respect ».*
Sur sa justification au regard des objectifs particuliers de la matière familiale, v. *infra* n°317 et s., 333 et s.

239 Qui peut se prévaloir du postulat, par ailleurs fortement ancré, selon lequel « « *ubi societas, ibi jus* ». V. également H. LEVY-BRUHL : « *[a]ucune société ne peut exister sans une discipline qu'elle impose à ses membres, sans un minimum d'organisation, c'est-à-dire sans droit* », (« L'ethnologie juridique », *in* J. Poirier (dir.), *Ethnologie générale*, Gallimard, Paris, 1968, p. 1111, spéc. p. 1114). De manière générale, les anthropologues du droit semblent considérer que le droit est inhérent à toute société.

240 M. TOZY, M. MAHDI, « Aspects de droit communautaire dans l'Atlas marocain », *Droit et société*, vol. 15, 1990, p. 221.

241 G. ROCHER, « *Le* "*regard oblique*" *du sociologue sur le droit », in* P. Noreau (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Thémis, 2007, p. 57. Max Weber dit que le sociologue se demande ce que le droit « *advient en fait dans la communauté* » : M. WEBER, *tel que cité par* P. RAYNAUD, « Sociologie et droit dans la pensée de Max Weber », *in* M. WEBER, *Sociologie du droit,* trad. J. Grosclaude, Paris, PUF, 2013, p. 1, spéc. p. 2.

242 Par exemple : H. LEVY-BRUHL, « Tensions et conflits au sein d'un même système juridique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 1961 (30), p. 35.

autonome » est ainsi niée, dénotant la vision verticale de l'auteure, fondée sur l'importance de l'ordre étatique[243].

46. Ces démarches ne sont pas pertinentes en droit international privé : l'approche sociologique comme l'approche anthropologique cherchent à expliquer des phénomènes sociaux. Les définitions du groupe social retenues ne peuvent donc pas être manipulées dans une perspective normative, qui pense l'identification de ces groupes du point de vue du droit français et, pour le droit international privé, dans la perspective de trancher un litige de droit privé grâce à une norme de ceux-ci, où des considérations particulières (par exemple, et principalement : identification et compréhension de la norme étrangère, possible résolution du litige[244]) entrent en jeu.

S'il convient ainsi de rejeter une définition du pluralisme issue de la sociologie ou de l'anthropologie du droit, la mise en lumière de différentes normes ou foyers normatifs selon ces matières sera utile à l'élaboration de la notion de norme non étatique.

II- Les conséquences des deux théories sur l'accueil des normes non étatiques

47. Les théories moniste et pluraliste permettent l'accueil des normes non étatiques (A). Les implications et conséquences de cet accueil méritent un examen précis, mettant en lumière des difficultés difficilement surmontables. L'accueil de normes non étatiques implique en effet une nécessaire redéfinition des critères de juridicité pour le monisme (B) et se heurte aux difficultés de définition de l'ordre juridique pour le pluralisme (C).

A- Les deux théories permettent l'accueil des normes non étatiques

48. Une réflexion sur l'accueil de normes non étatiques en droit international privé semble *a priori* nécessairement s'inscrire dans une approche pluraliste du droit.

En effet, l'attention portée aux normes non étatiques est tributaire de la réflexion, menée par les théoriciens du droit du début du 20ème siècle sous l'étiquette du « pluralisme juridique »[245], sur les

---

243 S. F. MOORE, « Law and social change : The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study », *Law & Society Review*, 1973, p. 719. Ces champs sociaux semi autonomes contiennent leur propre ordre juridique, comprenant un possible pouvoir normatif et coercitif. Si les normes étatiques peuvent se différencier des normes des champs semi-autonomes, c'est uniquement une question de degré, et non de nature. Elles seraient en effet davantage « *reflective, emancipative, transformative, artificial, technological* ».

244 V. *infra* n°94 et s.

245 V. déjà cependant chez MONTESQUIEU : « *La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre ; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que des cas particuliers où s'applique cette raison humaine* » (*De l'esprit des lois,* Paris, Lefevre, 1826, p. 128) ou chez F. C. von SAVIGNY (*Traité de droit romain*, trad. Chenoux, LGDJ, 2ème éd., 2002). En particulier : E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig, sans nom, 1913 ; S. ROMANO, dont l'œuvre originale a été publiée en 1915 en Italie : S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.* ; G. GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, Dalloz, [1940] 2012. Ces penseurs sont généralement qualifiés de fondateurs de la sociologie du droit. Le mouvement a connu d'importants développements outre-Atlantique (S. E. MERRY, « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, 22, 1988, p. 869, et bien plus récemment : P. S. BERMAN, « The New Legal Pluralism », *Ann. Rev. Law Soc. Sci.* 2009, p. 225).
Pour une synthèse de l'évolution de la notion de pluralisme juridique, v. N. ROULAND, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998, p. 119 et s. ; H. MOUTOUH, v°Pluralisme juridique, *in* D. Alland, S. Rials (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2019 ; N. ROULAND, v° Pluralisme juridique (Théorie anthropologique), *in* A.-J. Arnaud

rapports entre droit étatique et autres ordres normatifs ayant vocation à régir les rapports sociaux. Les théories pluralistes invitent à une réflexion à la fois sur la part respective des différents pouvoirs de régulation juridique (sur le terrain notamment des sources du droit) ainsi que sur les relations entre les régulations juridiques étatique et non étatique (complémentarité, interdépendance, concurrence, etc.)[246]. Elles ont notamment pour point commun de remettre en cause le monopole juridique étatique[247], tel que défini par Kelsen. Selon l'auteur, et au risque de résumer trop brièvement sa pensée, les normes ayant valeur juridique émanent d'une seule instance, l'Etat moderne, qui détient le monopole de la production et de l'application du droit[248]. Les auteurs pluralistes soutiennent au contraire qu'il existe de multiples lieux de production et d'application du droit en dehors ou au-delà de l'Etat (J.-G. Belley parle à ce propos d'« *étatisation incomplète du droit* »[249]). Il paraitrait alors logique d'en déduire, sur le plan du droit international privé, que les normes non étatiques devraient être accueillies, et ce en raison de leur nature juridique. Leur nature étant identique à celle des normes étatiques, leur accueil serait par principe le même, tout en ménageant éventuellement, dans un second temps et exceptionnellement, quelques particularités en raison de leurs caractéristiques (interprétation d'un texte religieux par une autorité laïque par exemple).

49. L'accueil de normes non étatiques peut toutefois également se penser en termes monistes.

Que les individus soient soumis à plusieurs normes, étatiques et non étatiques (ou encore, selon une approche moniste : juridiques ou non juridiques), est difficilement réfutable[250]. Cette pluralité est évidente lorsque ces normes ont des contenus non conciliables. Tel est le cas par exemple en matière de mariage, lorsque tant le droit étatique que la norme religieuse commandent la nécessaire antériorité de celui qu'ils organisent respectivement. Si le pluralisme est, à l'échelle de l'individu et de sa perspective, évident (au point que certains auteurs pluralistes définissent le pluralisme de cette perspective particulière[251]), son admission semble plus contestable du point de vue du droit français.

(dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018. On écartera ici les conceptions du pluralisme juridique comme pluralisme des sources du droit (interne à l'Etat ou à l'échelle planétaire selon la pensée de M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit (III*, Paris, Seuil, 2006)).
V. aussi, pour la littérature de droit international privé : D. BODEN (« Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275), E. RALSER (« Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ-Droit prospectif*, 2003-4, p. 2547).

246 J.-G. BELLEY, v° Pluralisme juridique, sens 1 a) et b), *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit*.

247 J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18 (1), 1986, p. 11, spéc. p. 11.

248 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962 ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2ème éd., [1978] 2004, p. 309 et s.

249 J.-G. BELLEY, *op. cit*., spéc. p. 12.

250 V. le début de l'article de J. WALDRON (« Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative », *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 25, 1992, p. 751, spéc. p. 752), citant S. Rushdie : « *I was born an Indian, and not only an Indian, but a Bombayite - Bombay, most cosmopolitan, most hybrid, most hotchpotch of Indian cities. My writing and thought have therefore been as deeply influenced by Hindu myths and attitudes as Muslim ones... Nor is the West absent from Bombay. I was already a mongrel self, history's bastard, before London aggravated the condition* ».

251 V. par exemple la définition retenue par P. S. BERMAN : « *les théoriciens pluralistes partent en général du postulat que les individus appartiennent ou se sentent appartenir à de multiples groupes et se comprennent comme liés par les normes de ces différents groupes* » (« Global legal pluralism », *Southern California Law Review*, 80, 2007, p. 1155, spéc. p. 1169 : « *theorists of pluralism start with the premise that people belong to (or feel affiliated with) multiple groups and understand themselves to be bound by the norms of these multiples groups* » (traduction libre)). V. aussi la version du pluralisme défendue par J. VANDERLINDEN : « *the condition*

Comment, ne serait-ce qu'au regard de l'homogénéité du droit[252], admettre l'existence et la relevance de normes non étatiques, proposant ou imposant des modèles de conduite différant de ceux de l'Etat français, voire contre lesquels celui-ci se construit[253] ? Même en droit international privé, matière qui serait *a priori* plus disposée au pluralisme juridique[254] dans la mesure où elle prévoit l'application d'une loi étrangère, la perspective de l'intégration de la relation litigieuse à l'ordre juridique français, dès lors que le juge français se reconnait compétent, pourrait se voir opposer la même objection.

Si le monisme refuse de reconnaitre une nature juridique à la norme qui n'émane pas de l'Etat à partir duquel on raisonne, cela ne signifie cependant pas lui refuser toute relevance : la prise en considération ou la valeur contractuelle parfois accordée aux normes non étatiques témoignent de la prise en compte de leur existence et de leur effectivité. Ces mécanismes se rencontrent à l'occasion de litiges internationaux, auxquels on ajoutera la problématique dite des conflits internes. On pourrait également imaginer, la prise en compte de la norme non étatique par le biais de l'interprétation de la loi étatique étrangère, par exemple *via* les notions à contenu variable, comme celle de « faute ». Si une telle interprétation est difficile à déceler en droit positif, elle est cependant commune dans l'interprétation du droit français par le juge. Ainsi, on relèvera que « le refus malicieux opposé par le mari domicilié en France de délivrer à la femme, domiciliée en Israël, le gueth qui lui permettrait de contracter une nouvelle union en la forme rabbinique, constitue une faute délictuelle »[255]). Ainsi, en droit international privé, la norme non étatique est applicable par le biais du droit étatique étranger et dans les limites que celui-ci pose.

B- Conséquences insoutenables du monisme : la redéfinition des critères de juridicité remet en cause le mythe fondateur de l'Etat français

50. Dans une optique moniste, l'accueil de normes non étatiques implique la redéfinition des critères de juridicité. Celui-ci étant classiquement compris comme l'origine étatique de la norme, il

---

of the person who, in his daily life, is confronted in his behaviour with various, possibly conflicting, regulatory orders, be they legal or non-legal, emanating from the various social networks of which he is, voluntarily or not, a member » (« Return to Legal Pluralism », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 28, 1989, p. 149, spéc. p. 153 et s.). Ou encore celle de B. DE SOUSA SANTOS : « *nous vivons une époque de légalité poreuse, plusieurs réseaux d'ordres juridiques nous imposant des transitions constantes et des intrusions. Notre vie juridique est constituée d'une intersection de différents ordres juridiques, c'est-à-dire d'interlégalité (les ordres ne sont pas autonomes mais se chevauchent mutuellement maintenant une relation de dialogue entre eux)* » (*Toward a new Legal Common Sense*, Londres, Butterworths, 2002, p. 347 ; traduction libre, nous soulignons).

[252] Puisque le droit français se conçoit comme tel, comme ayant les qualités d'un « système », participant d'une « mytho-logique » (J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980).

[253] Sur le lien entre identité collective étatique et droit privé dans le domaine du droit de la famille, v. *infra* n°239 et s. On se contentera ici de l'argument historique selon lequel le droit civil français s'est construit aux lendemains de la révolution à l'encontre du droit religieux, notamment en matière familiale (P. TSOUKALA, « Marrying Family Law to the Nation », *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, p. 873, spéc. p. 874).

[254] « *[Le droit international privé] n'a-t-il pas pour vocation de fonctionner dans un milieu où la diversité des législations et des civilisations est une des données premières de la société internationale ?* » (J. DEPREZ, spéc. p. 315). V. cependant E. RALSER, qui définit quant à elle le pluralisme juridique comme limité aux ordres juridiques étatiques (« Pluralisme juridique et droit international privé », *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif* 2003-4, p. 2547, spéc. p. 2548 et 2568). Que le droit international privé soit particulièrement sensible au pluralisme juridique n'est pas évident. Bien au contraire, celui-ci peut s'inscrire dans une approche moniste : v. D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275.

[255] Rappr. par exemple : TGI Seine, 22 juin 1967, *JDI* 1968, p. 356, note R. DAYANT.

convient de se pencher sur ses possibles fondements et leur incidence en droit international privé (1). Dans la mesure où il n'existe qu'un seul ordre juridique (l'accueil de la norme étrangère, étatique ou non étatique, revient à son intégration et modifie l'ordre juridique du for), la redéfinition des critères de juridicité et l'admission éventuelle de normes non étatiques modifie fondamentalement la conception (absolue) des rapports entre droit et autres normes (2).

1) L'origine étatique de la norme comme critère de juridicité

51. Selon la conception moniste, dominante, le critère de juridicité est l'origine étatique de la norme, soit sa source[256]. En droit international privé, la source étatique de la norme étrangère justifie par principe sa prise en compte en tant que loi applicable sur le terrain du conflit de lois (et ce, peu important la méthode) et en tant que norme justiciable de la méthode de reconnaissance des décisions. L'accueil de normes non étatiques, en tant que telles, n'est pas pensable ; celles-ci nécessitent que l'Etat étranger désigné prévoient leur application par le biais de ses règles de conflits internes ou de renvois législatifs. Ainsi, le mariage célébré par une autorité musulmane à Beyrouth est considéré comme valable si, pour l'époux de nationalité libanaise, les exigences de la loi libanaise sont respectées[257]. C'est par le biais du droit intercommunautaire libanais et dans les limites posées par celui-ci (notamment au regard de ses règles de conflit mobile en cas de conversion à une autre religion) que la loi musulmane sera éventuellement considérée comme applicable.

Deux fondements spécifiques sont parfois retenus en doctrine pour justifier l'origine étatique de la norme étrangère comme critère de juridicité : le principe d'abstention tiré du droit international public (a) ou l'effectivité de la norme étatique (b). A eux seuls, ces fondements ne paraissent pas nécessairement convaincants : la pertinence de l'origine étatique pourrait plus simplement se fonder sur le constat que le monde est divisé en Etats (c). Si ce dernier point est difficilement contestable, il est toutefois aisément dépassable (d).

a) L'interdiction du droit international public de soumettre à un contrôle de régularité la norme étatique étrangère

52. Le premier fondement envisageable est celui de la dépendance, au moins partielle, du droit international privé par rapport au droit international public (monisme internationaliste). C'est l'argument porté notamment par S. Bollée dans sa thèse, selon lequel l'origine de l'acte trace « *une ligne de démarcation fondamentale entre les sentences arbitrales, élaborées par de simples particuliers, et les décisions* »[258]. Selon l'auteur, le libéralisme de la méthode ne découle pas de la structure de la norme, ou de sa fonction, mais du « *statut privilégié que confère le droit international public aux actes normatifs émanant des ordres étatiques* »[259]. Il serait possible de déduire du droit international public l'interdiction pour un ordre juridique étatique de soumettre à un contrôle de régularité le jugement ou la règle

[256] Pour des essais de définition du phénomène juridique à partir de critères partiellement distincts de la source, v. C. THIBIERGE, *La Force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

[257] Dénonçant une mauvaise application de la loi libanaise par la cour d'appel de Paris dans la décision 14 juin 1995, *M. X. c. Mme Y* : P. GANNAGE, « Nullité du mariage polygamique et conséquences pécuniaires », *RCDIP* 1997, p. 41.

[258] S. BOLLEE, *op. cit.*, n°228, p. 160. Pour la « promotion de l'hypothèse », v. n°214 et s., p. 148 et s.

[259] *Ibid.* On remarquera que parfois, l'idée d'égalité des ordres juridiques étatiques est mise en avant comme fondement des méthodes de droit international privé et peut être déduite du droit international public. Comp. plus récemment : « L'extension du domaine de la méthode unilatérale », *RCDIP* 2007, p. 307.

étatique étrangère. En d'autres termes, l'ordre juridique français manquerait de « compétence » pour apprécier la régularité des normes étrangères étatiques.

Malgré la validation par le droit positif de ce fondement[260], le droit international public ne semble pas nécessairement restreindre cette interdiction aux normes de source étatique. A faire dépendre la mise en œuvre des méthodes conflictuelles de la conception de la norme au sens du droit international public, ne pourrait-on pas soutenir l'existence d'une interdiction de soumettre à un contrôle de régularité la norme d'un « peuple », d'une « minorité », au nom du respect de ceux-ci ? Une telle argumentation pourrait être inspirée de la théorie de G. Teubner, qui propose, face au risque d'intrusions d'acteurs et de modes de raisonnement peu compatibles ou respectueux de l'identité des sociétés dites « traditionnelles »[261], d'agir sur deux plans[262]. Il s'agirait d'une part de reconnaitre aux sociétés traditionnelles des « *basic rights* », soit des droits fondamentaux[263], cette reconnaissance impliquant de considérer en utilisant une fiction qu'il existe un « droit indigène » (et ce même si ces sociétés traditionnelles ne connaissent pas ce concept) qui s'auto-détermine et s'y référer (« *norms of referral* »). Il s'agirait d'autre part que les autres ensembles normatifs, étatiques ou non étatiques, s'auto-limitent matériellement afin précisément de protéger l'existence des normes indigènes ainsi que leur processus de production. Ne pourrait-on pas alors déduire l'existence d'une interdiction de soumettre à un contrôle de régularité les normes non étatiques de ces sociétés ?

Le recours au droit international public, matière elle-même en proie à des réflexions sur le statut des normes non étatiques, se révèle un fondement assez incertain pour en déduire un cantonnement des méthodes de droit international privé aux normes étatiques[264]. Une conception fondée sur un monisme internationaliste se révèle ainsi peu féconde pour penser l'accueil (ou le refus de celui-ci) de normes non étatiques[265]. Par ailleurs, ce recours peut sembler superfétatoire au regard des autres fondements envisageables.

---

[260] *Ibid*., n°214 et s., p. 148 et s.

[261] Pour un exemple mêlant droit des brevets et utilisation traditionnelle d'une plante médicinale, v. G. TEUBNER, P. KORTH, « Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society », *in* M. Young (éd.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, 2012, p. 23. V. également *infra* n°109.

[262] Ce qui formerait précisément la distinction avec les techniques de droit international privé : « *Recourse to the extrinsic and restriction of the intrinsic : a duplication, [that] forms the main difference in comparison to the referral technique of private international law* » (*ibid*., spéc. p. 47).

[263] Droits collectifs, supposant la reconnaissance préalable de la personnalité juridique de la minorité. Les droits s'articuleraient autour d'un cadre de garanties nécessaires, « *concernant l'existence en tant que groupe, pour protéger et développer l'identité et le patrimoine culturel, pour professer et pratiquer leur religion, pour recevoir et dispenser une éducation dans la langue maternelle et gérer des établissements scolaires, pour diffuser et échanger des informations dans cette langue et l'employer dans leur relations sociales et avec les services publics et les autorités administratives et judiciaires, pour participer de manière effective aux affaires de l'Etat et à la prise de décisions concernant les intérêts des régions où elles vivent, pour avoir une autonomie personnelle ou territoriale* » (J. DE LUCAS, « Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 33, 1994/2, p. 1, spéc. p. 10).

[264] Pour une étude plus approfondie, v. *infra* n°290 et s.

[265] V. déjà *supra* n°40.

b) L'effectivité[266] comme qualité propre aux normes étatiques

53. Le recours au droit international public n'apparait pas nécessairement utile. A admettre un pluralisme d'ordre pragmatique, il convient de se rendre à l'évidence que le contrôle de la régularité d'une norme étrangère n'a que peu de sens dès lors que celle-ci est suffisamment effective. C'est en ce sens que, dans le débat sur la soumission des sentences arbitrales à la méthode de reconnaissance des décisions, V. Heuzé se prononce : « *[a]utrement dit, si on applique la méthode de la reconnaissance aux décisions des tribunaux étrangers, ce n'est pas en tant qu'elles sont – donc : à condition qu'elles soient – de nature juridictionnelle : c'est en tant qu'elles expriment, et par conséquent fixent, sur une question donnée, la position d'un ordre juridique étranger dans lequel elles produisent des effets constituant, du point de vue du for, une réalité à la fois incontestable et irrémédiable. En effet, parce qu'elles sont efficaces dans le pays de leur origine, il serait parfaitement vain, pour ce for, d'en nier l'existence, autant qu'il serait inconcevable pour lui d'en prononcer la nullité* »[267].

54. L'effectivité de la norme non étatique étrangère peut être légitimement supposée lorsque l'intégration de la norme à un ordre juridique étatique garantit une sanction radicale, l'exécution forcée de la norme. C'est en ce qu'elle fait intervenir la « puissance publique » (expression participant à légitimer un pouvoir de fait) pour assurer son respect que la norme étatique apparait particulièrement effective.

A caractériser l'effectivité de la norme par son lien avec l'intervention étatique, on remarquera par exemple que les décisions des tribunaux étatiques sont en relation bien plus étroite avec la sanction étatique que ne le sont les règles étatiques. En effet, les règles étatiques de conduite ne sont pas en elles-mêmes coercitives ; c'est la décision judiciaire qui est servie par la coercition ; « *[l]es agents de la force publique exécutent la décision juridictionnelle de condamnation : ils procèdent à l'exécution forcée du devoir de conduite que son dispositif signifie* »[268]. Cette précision trouve un écho certain lorsqu'est adoptée la perspective des parties : la décision n'est pas une conjecture, mais s'inscrit dans leur expérience, ce qui justifie l'éventuelle sanction. Soutenir que seule la décision est assortie de la sanction juridique, et lui donner une plus grande importance que la règle, est une idée soutenue par les auteurs qui définissent le droit par sa justiciabilité, qui unissent le juridique et le judiciaire[269]. Ainsi, un raisonnement en termes d'effectivité est limité aux normes juridictionnelles étrangères, et n'est pas inhérent à la source étatique de la norme. C'est bien aux normes concrètes étatiques que V. Heuzé limite son argument[270].

---

[266] L'effectivité désigne « *ce qui produit un effet* » (O. BLOCH, W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 2004, p. 213). On préfèrera le terme d'effectivité à celui d'efficacité : alors que l'efficacité nous semble insister sur la réalisation d'objectifs politiques poursuivis par l'auteur de la norme (*idem* : S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Préf. T. Clay, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, 2014, n°240, p. 268 et s.), l'effectivité réalise le lien du droit au fait, mesurant l'écart entre droit positif et réalité sociale (P. LASCOUMES v°Effectivité, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018). Les deux notions sont cependant enchevêtrées (Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n°3, 2011, p. 715).

[267] V. HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage*, 2015. hal-01463955, n°13, p. 6. Nous soulignons.

[268] S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, n°124, p. 132.

[269] H. KANTOROWICZ, *The definition of law*, A. H. Campbell, Cambridge University Press, 1958 ; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, Paris, GLN éd., 1990, spéc. n°36, p. 24. V. sur la discussion de ce critère : J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2ème éd., 2004, p. 320.

[270] V. HEUZE, *op. et loc cit.*

55. Une telle approche soulève plusieurs difficultés.

Une fois l'effectivité limitée aux normes juridictionnelles étrangères, on peut se demander sur quel fondement justifier l'application de normes étatiques étrangères lorsqu'aucune norme juridictionnelle concrète n'est en jeu, soit sur le terrain du conflit de lois ou celui des décisions non juridictionnelles. Notamment au regard de ces dernières, est-il possible de nier l'effectivité de certains actes de puissance publique comme la mesure de nationalisation ? En étendant l'effectivité à d'autres actes publics, comment la caractériser (la célébration du mariage par un officier public est-elle un acte public suffisamment effectif ?) ? Doit-on alors simplement retenir que la source étatique de la norme suppose, par principe, son effectivité en raison de la possible intervention de la puissance publique pour assurer son respect ? Une fois admis le postulat que les normes de l'ordre juridique étatique sont nécessairement effectives, et au regard de la diversité des Etats et de la réalité de leur pouvoir[271], il convient de relever que ce postulat se fonde également sur des considérations étrangères à l'effectivité, et notamment de légitimité[272].

Par ailleurs, on observera que les normes non étatiques peuvent répondre au critère d'effectivité. On pourrait à titre d'exemple retenir l'effectivité, maintes fois relevée, des décisions du tribunal arbitral du sport (TAS) : les demandes de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence arbitrale du TAS sont très rares[273], l'efficacité de la sentence étant déjà garantie par le pouvoir de contrainte des institutions sportives sur leurs membres[274] ; en effet, du monopole de l'organisation des compétitions sportives internationales découle un pouvoir de fait d'une importance considérable[275], notamment pour les sportifs internationaux. Pour ces derniers en effet, ne pas se conformer à une exigence posée par une organisation sportive revient à ne pas pouvoir participer aux compétitions internationales, éventuellement à vie[276]. Il reste qu'en dehors de l'ordre juridique étatique, les critères d'effectivité ne sont pas aisés à définir[277].

56. Contrôler la régularité d'une norme étrangère effective au regard des normes du for, c'est prendre le risque de créer une situation boiteuse pour les parties et, du point de vue de l'ordre juridique français, que la décision rendue ne soit pas suivie par une exécution spontanée des parties. Fondamentalement, le risque est celui de porter atteinte à l'autorité de la loi du for. De tels risques peuvent cependant être entièrement justifiés. En effet, retenir l'effectivité comme critère de juridicité revient à lier juridicité et pur pouvoir de fait. Une règle mafieuse, ou d'une organisation considérée comme terroriste, peuvent difficilement être qualifiées de juridiques par l'ordre juridique français. En plus de l'effectivité, de nécessaires considérations de légitimité sont requises. On

---

271 Sur la problématique du *failing state*, v. *infra* n°165.
272 V. *infra* n°100 et s.
273 Sur la rareté des demandes d'exequatur d'une sentence du TAS : M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n°981, p. 403.
274 C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international*…, n°216, p. 187 et s. ; n°298, p. 243.
275 F. LATTY, « Les "forces créatrices" du droit sportif – entre concurrence et coopération », *in* A.-B. Caire (dir.), *Les nouveaux pouvoirs. Approche pluraliste des foyers de création du droit*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 88 ; C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Paris, 2020, n°8, p. 22.
276 V. sur la « règle de la contamination » : C. LEGENDRE, *op. cité*, n°115, p. 105.
277 V. *infra* n°187 et s. La qualité d'ordre juridique supposerait *a minima* l'existence d'une communauté sociologique selon P. LAGARDE, réfutant l'existence d'un ordre juridique de la *lex mercatoria* (« Approche critique de la *lex mercatoria* », *in Mélanges Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales,* Paris, Litec, 1982, p. 125).

relèvera cependant que, plutôt que de contrôler la régularité d'une norme mafieuse, d'une *fatwa*[278] (à considérer que celle-ci soit effective) ou d'une norme sportive, ces normes semblent soumises à l'alternative entre ignorance et reconnaissance. Là semble être la particularité de la norme non étatique effective : le contrôle de régularité de celle-ci est peu pertinent au regard de son effectivité à l'étranger.

57. L'effectivité comme explication de la relevance des seules normes étatiques semble nécessairement devoir être rapportée à l'ordre étatique en son entier et à l'éventualité de l'intervention de l'Etat comme pouvoir de fait. Elle est postulée au regard de la réalité de certains pouvoirs étatiques et souffre de la concurrence de l'effectivité d'autres normes non étatiques[279]. L'effectivité ne saurait donc suffire à elle seule comme fondement de la relevance des seules normes étatiques ; il est nécessaire de s'appuyer sur d'autres fondements.

c) L'Etat comme unité universelle

58. La relevance des seules normes étatiques selon le monisme repose vraisemblablement sur le fait que le monde est divisé en Etats, qui représentent ainsi une unité « universelle »[280]. Sur le terrain du droit international privé, il convient alors d'organiser la coordination entre les droits étatiques. A ce titre, tout point de vue étatique, effectif ou non, se présentant sous la forme d'une règle ou d'une décision selon la distinction effectuée par P. Mayer[281], est considéré, en raison de sa source, comme désignable par la règle de droit international privé française.

En d'autres termes, le monisme, même étatiste, dépend d'une certaine conception du monde, celle d'un monde divisé en Etats. Une telle approche est vraisemblablement renforcée par la vocation universelle des règles de droit international privé, en ce sens qu'elles ne sont pas limitées à une aire géographique ou culturelle particulière.

Ce point est difficilement contestable. Mais il importe de souligner qu'il est également aisément dépassable : il apparait en effet, au regard des objectifs de droit international privé et de la diversité du phénomène étatique, qu'il convient de compléter ou de repenser ce fondement. Autrement dit, cette unité, principalement formelle, pourrait ne pas suffire à répondre de manière satisfaisante aux objectifs du droit international privé, notamment en matière personnelle et familiale.

59. Même en admettant la pertinence de ce dernier fondement, on remarquera que l'accueil de normes non étatiques dans une approche moniste revient à une extension du caractère juridique (en utilisant un nouveau critère : système, code, discours, ordre juridique, etc.), c'est-à-dire à une remise en cause de l'identité Etat-droit. En effet, la norme étrangère se voit accorder une valeur juridique par le for[282]. C'est de ce point de vue qu'on peut affirmer, avec R. Michaels, que l'accueil de normes non étatiques viendrait fragiliser le monopole juridique étatique : « *[l]a raison en est que*

---

[278] La *fatwa* peut être définie comme « *a response to a real or hypothetical question by a questioner. It reflects the personal interpretation of the mufti, based on his personal opinion and interpretation of the religious texts, as well as the rulings and fatawa of earlier scholars on the subject* ». Il s'agit d'une « *advisory opinion of a mufti, who may be a qadi (judge), a private individual, or an institution, and consists of a question together with an answer (jawab)* » (S. SARDAR ALI, *Modern Challenges to Islamic Law*, Collection Law in Context, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 233 et s.).

[279] V. *infra* n°173 pour des développements quant à la sanction étatique par rapport à la sanction non étatique. V. *infra* n°306 et s. sur l'effectivité de la norme non étatique des communautés socioculturelles.

[280] V. sur l'importance de ce point pour la méthode bilatérale, *infra* n°128.

[281] P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973.

[282] V. *supra* n°40.

l'Etat saperait sinon sa propre position d'autorité. Traiter le droit non étatique comme du droit affaiblit la position de l'Etat, alors que traiter le droit des États étrangers comme du droit la renforce. Bien entendu, cet affaiblissement de l'État n'est pas nécessairement une mauvaise chose »[283].

2) L'impensable effondrement du mythe fondateur de l'Etat français

60. Si l'accueil de normes non étatiques dans une approche moniste n'est pas inimaginable, il reste qu'il emporte des conséquences insoutenables. En effet, l'approche moniste ne pense ni la dualité, ni la relativité : à ce titre, la redéfinition des critères de juridicité ne peut être cantonnée au domaine particulier du droit international privé. En d'autres termes, l'accueil de la norme non étatique vient directement modifier l'ordre juridique du for : celle-ci est « naturalisée ».

Or, l'accueil de normes non étatiques revient à une remise en cause radicale de la conception dominante et française du droit. En effet, celui-ci est fondé sur le mythe de l'Etat-Nation, ou plutôt l'identité Etat-droit-Nation (a). Cette conception dominante peut ne pas correspondre à la « réalité »[284], mais de celle-ci découle un ensemble de techniques de droit positif venant réaffirmer et garantir la domination du droit étatique sur les autres modes de régulation sociale (b).

a) L'unité de l'Etat et du droit comme mythe fondateur

61. Redéfinir les critères de juridicité se heurte à un obstacle fondamental, celui de l'existence et de l'importance du mythe fondateur de l'Etat français[285]. Les mythes fondateurs justifient l'origine et la légitimité de l'Etat français[286], et permettent à la fois la constitution du groupe et sa séparation des autres. En l'occurrence, l'Etat français s'est construit sur l'idée d'élimination des institutions intermédiaires pré-révolutionnaires, qui sont alors ignorées, réprimées, ou reléguées à la sphère privée. Il s'agit de ne créer aucun obstacle entre l'Etat et les citoyens ; selon les termes de Rousseau, « *[i]l importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale, qu'il n'y avait pas de société partielle dans l'Etat* »[287]. Ce mythe est renforcé par l'idéal scientiste d'unité auquel répondent les Etats « modernes » et qui tient vraisemblablement son origine d'une vision particulière et profonde du

[283] R. MICHAELS, « The Re-*state*-ment of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, 2005 (51), p. 1209, spéc. p. 1214. Traduction libre.

[284] Certains auteurs se fondent sur la « réalité » du pluralisme juridique pour l'admettre : P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Préf. J.-M. Jacquet, Paris, Economica, 2002, spéc. n°336, p. 326 : « *le monisme étatique est en contradiction flagrante avec la réalité juridique* ».

[285] Le mythe peut être défini comme un fait collectif inconscient qui agit à l'insu de ceux qui contribuent à le créer. Il est difficile de repérer les expressions mythiques dans les sociétés modernes. V. les travaux de G. DURAND, *Les structures anthropologiques de l'imaginaire*, Paris, Dunod, [1969] 2016, distinguant la dynamique interne du mythe de ses enveloppes contingentes et définissant les caractères fondamentaux du mythe traditionnel (récit, drame, formule et enjeu mythique).

[286] M. ELIADE, *La nostalgie des origines*, Paris, Gallimard, 1971, spéc. p. 129 et s.

[287] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Strasbourg, De l'Imprimerie de la Société typographique, 1791, p. 47. V. également : G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, OUP, 2012, p. 19. Ou encore les réflexions de N. ROULAND, selon lequel, pour pouvoir s'imposer, et face à la multiplication de groupe fondés sur différents critères, « l'Etat tend à réduire l'autorité et les compétences des groupes qui lui sont antérieurs » (*Aux confins du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991, p. 53).

monde[288]. Si l'identité de l'Etat français n'est pas figée mais correspond toujours à un entre-deux[289] et qu'il existe continuellement une « *tension entre la tendance moniste du groupe dominant et la réalité sociétale et juridique plurale* »[290], il reste que son discours sur lui-même participe au besoin de repères du groupe social et fonde sa légitimité.

L'Etat français se conçoit comme un Etat unitaire et indivisible, seule instance au-dessus des citoyens (absence de groupement intermédiaire), considérés comme libres et égaux en droits. Il se comprend comme l'incarnation de l'« *idée de droit* »[291]. Le mythe du monisme de l'ordre juridique français est fréquemment réaffirmé ; l'unité et l'indivisibilité de la République française est un « *authentique totem constitutionnel* » selon les termes de N. Rouland ; « liberté, égalité, fraternité » ne peuvent se concevoir dans un cadre pluriel[292]. Ainsi, concevoir des statuts spéciaux, concevoir le pluralisme, passe dans l'ordre juridique français par la modification constitutionnelle (comme c'est le cas pour la Nouvelle-Calédonie), ce qui montre l'importance symbolique du mythe de l'unité de l'ordre juridique français ; « *[l]' uniformité du droit [est présentée comme] le souverain bien* »[293].

62. L'unité de la loi est par ailleurs renforcée par une exigence démocratique : l'Etat trouve sa légitimité car il est précisément le compromis entre différentes normes et valeurs, et est une garantie de discussion autour de celles-ci. *In fine*, résultat du processus démocratique, la norme adoptée correspond à un engagement commun autour de normes et valeurs partagées, qui sera questionné selon les modalités prévues, et principalement en période électorale. Reconnaitre une pluralité de lois reviendrait à remettre en cause une telle conception de la démocratie (qui n'est cependant pas la seule envisageable) fondée sur l'engagement commun et le respect du résultat obtenu résultant dans la loi étatique. Il apparait donc difficile d'admettre au sein d'une même communauté politique différents principes de légitimité normative[294]. *A contrario*, la prise en compte de normes non

---

288 M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de Liaison LAJP*, n°6, 1983, p. 83 et s. ; « L'anthropologie juridique et le droit des manuels », *in* M. Alliot, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003, p. 307. La civilisation occidentale vit dans la croyance selon laquelle l'univers est l'œuvre d'un créateur qui, par sa parole, tire l'existence du néant. Cette soumission à la loi divine est prolongée à la faveur de l'Etat. V. aussi : J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

289 S.-J. ARRIEN, « Ricœur et l'identité narrative », *Le Point*, 21/07/2017 (https://www.lepoint.fr/philosophie/ricoeur-et-l-identite-narrative-21-07-2017-2144946_3963.php, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024). Le philosophe, qui envisage dans *Temps et Récits III* (Seuil, 1985) la question de l'identité personnelle ou de celle d'une communauté, conçoit la question de la narration comme trait d'union entre mêmeté et ipséité, permettant au récit sur sa propre identité d'être sans cesse renouvelé.

290 N. ROULAND, v° Pluralisme juridique (théorie anthropologique), *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op.cit.*

291 G. BURDEAU, *L'Etat*, Paris, Seuil, Coll. Politique, [1970], 2009, p. 58. Cette vision reçoit le soutien théorique de H. Kelsen. Selon l'auteur, l'Etat et le Droit sont un seul et même ordre de contrainte : le droit est « précisément ce même ordre de contrainte qu'est l'Etat » (p. 418). L'Etat ne peut être pensé que comme « ordre juridique » (p. 378) (*Théorie pure du droit*, Gallimard, [1821] 1949).

292 N. ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et société*, n° 27, 1994, p. 385 et s., à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991 relative à l'inconstitutionnalité de l'expression « peuple corse, composante du peuple français ». On pourrait songer à ajouter la laïcité : Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States » présenté par P. FOURNIER (11 septembre 2004), cité par M. BOYD, « Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion », *Rapport d'enquête au Ministère du procureur général et au Ministère déléguée à la condition féminine de Toronto*, 2004 (https://collections.ola.org/mon/9000/249162.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024), p. 96.

293 J.-G. BELLEY, v° Pluralisme juridique, *op. cit.*

294 V. C. MOUFFE, *The democratic paradox*, Londres, New York, Verso, 2000.

étatiques apparait moins choquante lorsque le litige ne concerne que partiellement l'ordre juridique étatique français, donnant aux méthodes de droit international privé une plus grande marge de manœuvre afin de saisir le pluralisme normatif.

b) Illustrations en droit interne français

63. Les normes non étatiques, si elles sont prises en compte en droit français afin d'éviter de trop grandes divergences avec la réalité sociale[295], le sont principalement comme du fait et restent étroitement subordonnées au pouvoir étatique. Une variété de mécanismes juridiques vient garantir la subordination de celles-ci. L'ordre juridique étatique peut réagir de trois manières différentes face à une norme non étatique, systématisées par R. Michaels sous les termes « *incorporation* », « *deference* » et « *delegation* »[296].

Le droit étatique peut tout d'abord « transformer » la norme non étatique en droit étatique, soit l'incorporer, ce qui revient en réalité à nier son existence[297]. Il peut ensuite reléguer la norme non étatique hors du droit[298] tout en la prenant occasionnellement en compte comme un « fait » : il s'agit des mécanismes de la prise en considération (de normes sportives ou religieuses[299]) et de l'incorporation contractuelle (par exemple de normes religieuses[300]). On observe à ce titre un déclin certain de la coutume en faveur de la technique contractuelle[301]. Enfin, la « *delegation* » concerne

---

295 V. ainsi, récemment, pour une approche au cas par cas permettant de ne pas questionner frontalement la pratique polynésienne du *fa'a'amu* au regard du droit français : Civ. 1, 21 septembre 2022, n°21-50.042. Cette pratique « *consiste dans le fait, pour les parents d'un nouveau-né ou d'un enfant jeune, de donner cet enfant à d'autres qui l'élèveront dans leur propre famille. Ce don, au sens polynésien du terme, s'apparente plutôt dans le vocabulaire métropolitain au fait de confier un enfant à une famille chargée de le « faire manger », et, plus fondamentalement, de l'accueillir et d'en devenir responsable comme de leur propre enfant, tout en lui assurant la conservation des liens avec sa famille par le sang »* (S. CHAILLE DE NERE, « Tradition culturelle et loi étatique : conflit de normes autour du don d'enfant polynésien (Civ. 1, 21 septembre 2022, n° 21-50.042) », *RCDIP*, 2023, p. 227).

296 R. MICHAELS, « The Re-*state*-ment of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, 2005 (51), p. 1209, spéc. p. 1227 et s. Pour l'auteur, ces réactions sont celles de l'Etat face à toute ordre normatif non étatique, et il ne cantonne pas sa typologie à la gestion du pluralisme interne, comme nous le faisons. Cela s'explique aisément : selon l'auteur, le droit international privé ne peut concerner des droits non étatiques, point sur lequel, en raison de l'objet même de notre recherche, nous sommes opposée.

297 A cette hypothèse répond en France le phénomène de rédaction des coutumes préexistantes à un droit étatique (royal) officiel : par la fixation des coutumes dans un texte officiel, l'Etat transforme les coutumes en droit étatique, et provoque par là-même leur disparition. En incorporant les normes non étatiques au droit étatique, ce dernier conserve son monopole de production de normes. Il peut ainsi les modifier, leur donner un degré d'abstraction différent, ce qui revient à nier leur existence propre. R. LIBCHABER (*L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n°187, p. 249).

298 Il s'agit du domaine du non-droit aux yeux de l'ordre juridique français. Il ne s'agit pas ici d'admettre l'hypothèse du non-droit telle que défendue par le doyen CARBONNIER, qui porte à croire qu'il existerait un domaine ontologiquement juridique (J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *in Flexible droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10ème éd., 2014, p. 25).

299 V. *infra* n°200.

300 V. en particulier la possibilité d'insérer une « clause Liberman » au contrat religieux, en vertu de laquelle, en cas de divorce, le mari s'engage à délivrer le *guet* (I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé : le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Lugano, Edis, 2005, n°242 et s., p. 147 ; rappr. M.-C. FOBLETS, « Les juges belges et l'application de la loi étrangère en droit de la famille », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 409, spéc. p. 422 et s.).

301 Le rôle aujourd'hui de la coutume et des usages en droit interne semble se justifier non plus en raison de son caractère normatif et le sentiment d'obligation qui nait chez les individus (correspondant à l'élément moral classique de la coutume), mais plutôt en raison de manifestation d'appartenance volontaire à une profession, à un secteur. L'usage apparaît alors comme une « offre normative » au sens de la théorie économique du droit (v. sur le sujet : H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé : réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *RCADI*, vol. 307, 2004, p. 25). Comme le souligne A Le Pommelec, « *on peut relever une forme d'appropriation personnelle du pouvoir normatif sous forme de « contractualisation » des règles de*

l'hypothèse où la norme non étatique est reconnue comme du droit, jouissant d'une certaine autonomie, parfois toute relative. Elle se caractérise par le retrait du droit étatique au profit de personnes morales, dans les limites posées par celui-ci. L'ordre juridique français impose alors que l'ordre non étatique s'organise sous la forme d'une institution connue du droit français[302] : personnes morales de droit public (clan kanak[303], groupements de droit particulier local[304], …) ou de droit privé (associations, fédérations, fondations, sociétés, groupements d'intérêt économique, …) et encadre le processus de production et de sanction de la norme de manière plus ou moins stricte. La figure la plus poussée est surement celle de la délégation de service public que connaissent les fédérations sportives nationales[305]. L'article L. 131-14 du Code du sport dispose ainsi que : « [d]ans chaque discipline sportive et pour une durée déterminée, une seule fédération agréée reçoit délégation du ministre chargé des sports ». Les fédérations sont alors habilitées à édicter des normes juridiques[306].

Ces trois attitudes permettent le maintien du monopole juridique de l'Etat. Les modèles alternatifs proposés (principe de non-ingérence, proportionnalité et mise en balance) nécessitent de repenser le fondement-même de la conception étatique du vivre-ensemble[307].

---

droit supplétives, l'offre normative étant « acceptée » par ceux auxquels elles étaient prioritairement destinées, sous forme de pratiques de référence, susceptibles d'être écartées » (« La coutume : une référence « ambiguë » en droit civil pour le juge judiciaire », *La Coutume*, Ecole de Droit Université d'Auvergne, Centre Michel de l'Hospital, Revue n°2 mars 2013, p. 108, spéc. p. 111).

302 Il ne s'agit pas véritablement ici de se référer à l'institution au sens retenu par HAURIOU, soit d'une « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communions dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » (« La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 23, 1925, reproduit *in* S. Goyard-Fabre (dir.), *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 89, spéc. p. 96). Ni par ailleurs au sens retenu par ROMANO (v. *infra* n°82).

303 CA Nouméa 22 août 2011, RG n° 10/00531 et RG n° 10/ 00532 : *« les clans kanak, en ce qu'ils sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, possèdent la personnalité juridique qui leur permet d'ester en justice ». E.* CORNUT, Chronique judiciaire, *RJPENC*, n°20, 2012/2, décembre 2012, p. 80, spéc. p. 85 et s. (à propos de CA Nouméa, 13 aout 2012, n°RG 12/242, 27 aout 2012, n°RG 12/242) et 11 oct. 2012 n°RG 2011/425) ; R. LAFARGUE, « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, n°2, 2013, p. 119.

304 Les Groupements de Droit Particulier Local (GDPL) ont pour principal objet la rétrocession foncière en Nouvelle-Calédonie. Il en existerait 570. Il regroupe des individus attachés entre eux par des liens coutumiers (au sein d'une famille, d'un clan, d'une tribu) et est géré par le droit coutumier (loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998).

305 Pour une analyse du mécanisme : F. LATTY, *La Lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 493 et s.

306 Selon l'article L. 131-16 du Code du sport : « Les fédérations délégataires édictent :
1° Les règles techniques propres à leur discipline ;
2° Les règlements relatifs à l'organisation de toute manifestation ouverte à leurs licenciés ;
3° Les règlements relatifs aux conditions juridiques, administratives et financières auxquelles doivent répondre les associations et sociétés sportives pour être admises à participer aux compétitions qu'elles organisent. Ils peuvent contenir des dispositions relatives au nombre minimal de sportifs formés localement dans les équipes participant à ces compétitions et au montant maximal, relatif ou absolu, de la somme des rémunérations versées aux sportifs par chaque société ou association sportive ».
Sur la délégation de service public : G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, Paris, PUF, Thémis, 1ère éd., 2012, n°147 et s., p. 112 et s. En 2019, soixante-dix-huit fédérations nationales bénéficiaient d'une délégation de service public (J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 4ème éd., 2019, p. 34).

307 Ch. PAMBOUKIS, Compte rendu de l'ouvrage Why Religious Freedom Matters for Democracy. Comparative Reflections from Britain and France for a Democratic « Vivre Ensemble », par Myriam Hunter-Henin, *RCDIP*, 2021, p. 499.

Admettre la juridicité de normes non étatiques en droit international privé pose ainsi des problèmes insurmontables de cohérence avec la construction d'ensemble du droit français et ne peut donc être admise.

C- Conséquences du pluralisme : difficultés de définition de l'objet étudié

64. Dans une optique pluraliste, l'accueil des normes non étatiques dépend de critères de relevance. La norme étrangère n'est ni naturalisée, ni modifiée. Il s'agit d'accorder des effets, de droit interne, à des normes étrangères.

La relevance s'oppose à l'irrelevance, soit à « *l'indifférence radicale* »[308] entre ordres juridiques et permet d'appréhender les relations entre ordres juridiques. En effet, à la différence de Kelsen, Romano soutient que « *le principe que tout ordre originaire est toujours exclusif doit s'entendre en ce sens qu'il* peut*, mais non qu'il* doit nécessairement *nier la valeur juridique de tout autre* »[309]. Selon les termes de l'auteur, « *[p]our qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut que pour cet ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier* »[310]. La juridicité quant à elle ne dépend que du caractère institutionnel de chaque ordre juridique.

La relevance peut revêtir des manifestations diverses ; sans reprendre l'ensemble des distinctions de l'auteur, on peut schématiquement considérer que celle-ci peut être imposée (relations de supériorité et de dépendance corrélative, un ordre est le présupposé d'un autre, succession entre plusieurs ordres) ou bien être « conférée unilatéralement », lorsque les ordres sont indépendants[311]. Tout dépend en réalité de l'intégration ou non des ordres juridiques dans un rapport hiérarchique plus ou moins complexe (des ordres indépendants entre eux peuvent par exemple dépendre d'un autre ordre). Or la perception de l'existence ou non d'un rapport de hiérarchie dépend évidemment d'un point de vue, celui de chaque ordre juridique, et peut éventuellement différer selon l'ordre envisagé.

La relevance est un outil particulièrement intéressant lorsqu'on se penche sur l'accueil de normes non étatiques, en raison des possibles nuances dans la conception des critères de relevance (1). La relevance suppose une représentation en termes de relation entre unités distinctes, que Romano conçoit comme des ordres juridiques. Or la définition retenue par l'auteur est difficilement transposable en droit international privé (2).

1) La conception de critères de relevance

65. Les critères de relevance peuvent être plus souplement définis que les critères de juridicité car ils n'ont aucune incidence directe et immédiate sur la conception du droit du for (a). S'ils peuvent être librement conçus, il convient de se prononcer sur la pertinence des différents critères venant possiblement encadrer le choix des critères de relevance (b).

a) La liberté de conception des critères de relevance

66. Caractère unilatéral des critères de relevance. De l'approche pluraliste découle le caractère unilatéral des critères de relevance : peu importe la méthode utilisée, c'est au droit étatique

[308] M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 200, citant N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, G. Giappichelli, 1960, p. 195.
[309] S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.*, §35, p. 107 (note, l'italique de l'auteur est représenté par l'absence d'italique).
[310] *Ibid.*, §34, p. 106.
[311] *Ibid.*, §35, p. 109.

français de déterminer comment tenir compte des phénomènes qu'il juge étrangers et pertinents, soit du titre de leur relevance[312]. Ceux-ci sont unilatéralement décidés par l'ordre juridique français[313] et ne dépendent pas d'un ordre juridique supérieur ou de l'admission *a priori* d'une certaine conception du droit : le centre de gravité se déplace vers les effets juridiques (de droit français) que l'ordre juridique français est prêt à accorder à des actes normatifs étrangers. Selon cette conception, la prise en considération est un mécanisme accordant une certaine relevance.

Le monisme étatique connait également un outil qu'on pourrait rapprocher de celui de la relevance. En effet, il lui appartient de décider, de manière unilatérale, quelles normes étatiques étrangères se voient conférer un caractère juridique. Seulement, ce critère étant un critère de juridicité, la norme étrangère désignée s'insérant dans l'ordre juridique national, l'ouverture à l'altérité reste très relative. Si, selon R. Ago[314], « *rien ne défend […] que le législateur se serve du caractère juridique que la règle étrangère revêt dans sa législation d'origine, en lui donnant valeur de critérium pour l'attribution à la même règle de la valeur juridique dans son propre système* »[315], on a beaucoup de mal à concevoir la possibilité de s'affranchir de la source étatique étrangère : sur quel autre « critérium » pourrait se fonder l'ordre juridique français ? En réalité, penser ce critère suppose bien une idée *a priori* de ce qu'est la juridicité, nécessairement fondée sur la façon dont l'ordre juridique français conçoit son droit[316]. A ce titre, la source étatique est gage d'une unité de nature avec la norme étrangère, rendant possible son insertion.

67. Caractère éventuellement spécifique et plural des critères de relevance. Puisqu'ils ne dépendent fondamentalement pas d'une conception abstraite de la juridicité, les critères de relevance peuvent différer en fonction de différents objectifs et ainsi être pensés pour la problématique spécifique du droit international privé.

Ils peuvent également varier non pas en fonction de la matière, mais en fonction d'autres critères, et notamment en fonction d'une certaine typologie de la norme étrangère (structure de la norme ; intensité du pouvoir normatif étranger ; etc.). Il est ainsi possible de retenir, en droit international privé, des critères de relevance spécifiques aux normes non étatiques, en raison précisément de leur caractère non étatique. En d'autres termes, il est possible d'admettre que les objets de la relevance soient hétérogènes.

---

[312] *Ibid.*, §34, p. 106 : « *pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut que pour cet ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier* ». Cette idée nous semble particulièrement pertinente en droit international privé, domaine où le juge est le point de départ du raisonnement qui caractérise la matière. On a pu à ce titre affirmer que Romano ne proposait pas d'alternative véritable au paradigme étatique.

[313] La théorie de S. Romano permet ainsi « d'aménager une relation juridique nouvelle par laquelle l'ordre dominé ou ignoré devient un ordre reconnu et subordonné. D'un rapport d'exclusion, on passe à un rapport hiérarchique » (A. FENET, « Ordre juridique et minorités » *in* J. Chevallier *et al.*, *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 113, spéc. p. 170).

[314] L'exclusivisme de l'ordre juridique soutenu par l'auteur permet a priori de penser la relation avec les autres ordres en termes de relevance et non de juridicité. Pour une critique de l'exclusivisme de l'ordre juridique : P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2003, p. 9, spéc. n°211, p. 227.

[315] R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, t. 58, 1936, p. 243, spéc. n°10, p. 307 et s.

[316] V. *supra* n°61 et s. sur la nécessaire égalité, aux yeux de l'ordre juridique français, entre Etat et droit.

b) L'encadrement du choix des critères de relevance : à la recherche des critères de pertinence

68. Face à l'extrême malléabilité des critères de relevance, au regard de quels critères convient-il de les penser ? Trois critères de pertinence apparaissent, au premier abord, envisageables : la conformité au droit positif ou aux consensus existants, l'opportunité des solutions concrètes découlant de l'accueil de normes non étatiques et la cohérence du critère au regard des objectifs poursuivis par le droit international privé.

i) La conformité au droit positif ou aux consensus existants

69. Le critère de la conformité au droit positif ou aux consensus existants se fonde sur l'idée que le droit est un ensemble de faits observables (puisque ramené à l'expression d'une volonté humaine) desquels il est possible de découvrir une « vérité » d'ordre scientifique[317], et que le rôle du juriste est de « *connaître le droit, pour ainsi dire du dehors et, sur la base de cette connaissance, [de] le décrire [et de] l'analyser* »[318]. Un tel critère est, en lui-même, critiquable[319]. Par ailleurs, il ne permet pas de penser des critères de relevance susceptibles d'inclure des normes non étatiques. Le droit positif ne consacre pas, du moins de manière indubitable, la perspective pluraliste et adhère majoritairement au paradigme étatique[320]. Par ailleurs, au-delà de l'affirmation de l'hétérogénéité des normativités, il apparait difficile de trouver un quelconque consensus parmi les auteurs pluralistes[321] : l'absence de définition commune du droit (1) se traduit sur le terrain du droit international privé par les difficultés de concevoir l'ordre juridique détaché de l'Etat (2).

(1) L'absence de définition consensuelle de la norme juridique hors du paradigme étatique

70. Afin de montrer l'absence de consensus dans la doctrine pluraliste quant à une définition du droit, il suffit de confronter brièvement la pensée de deux auteurs, G. Teubner et B. Tamanaha, qui conçoivent en des termes fondamentalement différents ce qu'il faut entendre par norme juridique : alors que le premier retient une approche communicationnelle (l'identification du code légal/illégal), le second refuse toute définition essentialiste du droit.

71. G. Teubner, s'inspirant des travaux de Luhmann[322], conçoit l'existence de conflits non plus entre droits nationaux mais entre les différents « secteurs » de la société globale, ce qu'il nomme les

---

317 « *Toute proposition qui n'est pas finalement réductible à la simple énonciation d'un fait, particulier ou général, ne saurait offrir un sens réel et intelligible* » (A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif*, Paris, Vrin, 1983 [1844], p. 19). Pour une présentation générale du positivisme juridique : C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER (dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992.

318 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 2ème éd., 1962, p. 9. V. aussi : R. CARRE DE MALBERG, pour qui le juriste « *ne participe point, comme tel, à la tâche de la création du droit [et] n'a point, pour sa part, à pourvoir à la lex ferenda : il opère seulement au service de la lex lata. Il ne lui appartient pas de refaire le monde juridique, mais seulement de constater comme ce monde est fait* » (« Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *Mélanges en l'honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey éd., 1934, p. 192, spéc. p. 201 et s.).

319 On renverra le lecteur aux critiques du positivisme juridique. V. pour un condensé : E. MAULIN, v°Positivisme *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, 6ème éd., 2019.

320 V. *supra* n°27.

321 S. ROBERTS, « After Government ? On Representing Law without the State », *Modern Law Review*, n°68, 2005, p. 1, spéc. p. 12.

322 V. not. : G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, ed. Z. Bankowski, transl. A. Bankowska, R. Adler, Cambridge, Blackwell, 1993 ; « Legal Regimes of Global Non-State Actors », *in* G. Teubner (ed.) *Global Law Without A State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. XIII-XVII. N. LUHMANN, « The Coding of the Legal System », *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1991/92, p. 145, spéc. p. 146 : « *When legal systems become differentiated as special functional systems of society, this occurs on the basis of a special binary code, by which the operations of this system are oriented. This code, in which legal communications are expressed, is "the binary code of legal/illegal"* ».

« conflits de régimes »[323]. Il se sert du langage comme critère de distinction par rapport aux autres pratiques sociales et définit le droit partiellement mais essentiellement comme le type de communication répondant au code « légal/illégal »[324] (au contraire de l'économique, du religieux…) et donc dépendant d'un contexte de communication[325]. A un tel degré d'abstraction, le code « légal/illégal » pourrait se repérer ailleurs que dans l'Etat, permettant ainsi d'appréhender des droits non étatiques[326]. L'auteur soutient ainsi l'existence d'une « *théorie du pluralisme juridique capable d'identifier d'authentiques phénomènes juridiques opérant à l'échelle mondiale* »[327].

72. Toute autre est l'approche de B. Tamanaha, qui se défend d'une approche « essentialiste »[328], et promeut l'idée selon laquelle le droit est un phénomène situé et relatif[329]. Selon l'auteur, il conviendrait de considérer comme « droit » ce qui est reconnu comme tel par les acteurs sociaux : « *[l]e droit est ce que les individus appartenant à une certaine aire sociale reconnaissent conventionnellement comme étant le droit par leurs pratiques sociales* »[330]. A partir de toutes les acceptions locales du terme « droit »[331], il serait possible, dans un deuxième temps, de dégager un concept analytique de droit[332].

73. Il ne s'agit pas de prendre position sur l'une ou l'autre des théories avancées, mais simplement de constater la radicale diversité de ce qu'il faut comprendre par droit selon une approche pluraliste. Ces approches montrent la difficulté de retenir une vision consensuelle du

---

323 « *A regime is a union of rules laying down particular rights, duties and powers and rules having to do with the administration of such rules, including in particular rules for reacting to breaches. When such a regime seeks precedence in regard to the general law, we have a "self-contained regime", a special case of lex specialis* » (A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », 2004 (vol. 25), *Michigan Journal of International Law*, p. 999, spéc. p. 1013).
Pour un exemple sur l'interaction entre les régimes juridico-étatique, religieux et familial, tout en mêlant à la théorie de G. Teubner celle de Habermas, v. T. CUMMINGS, « Utilizing Systems Theory Insights and Reflexive Law to Negotiate the Collision between... "Un-Connecting World" in Family Law », *Journal of Law, Religion and State*, 2021, vol. 9, p. 212.
324 V. par exemple : G. TEUBNER, « The two faces of Janus : rethinking legal pluralism », *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, p. 1443, spéc. p. 1455.
325 Toute approche linguistique dépend d'un contexte pour décoder et renvoyer à une signification commune, intégrant ainsi la notion de culture ; c'est notamment en cela que l'auteur se défend d'une compréhension sociologique du droit.
326Attention cependant : selon l'auteur, l'existence de ce code ne suffit pas à admettre l'existence de normes juridiques : ce qui est décisif est l'existence d'un « *self-organizing process of mutual constitution of legal acts and legal structures* » Il s'agit de l'existence d'institutions évaluant systématiquement tous les énoncés utilisant le code légal/illégal à l'aide d'énoncés de second ordre (« *when institutions have been established which systematically assess all first order observations that use the code legal/illegal by means of second order observations on the basis of the code of law* », G. TEUBNER, « Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society », *in* G. Teubner (éd.), *Global Law Without A State*, Dartmouth, 1997, p. 3, spéc. p. 13).
327 G. TEUBNER (ed.), *Global Law Without A State*, Dartsmouth, London 1996, spéc. p. 15. Traduction libre.
328 B. Z. TAMANAHA, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, vol. 27, n°2, 2000, p. 296, spéc. p. 313. L'auteur a pu auparavant retenir une définition ethnocentrique du droit (B. Z. TAMANAHA, « The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, Summer, Vol. 20, n°2, 1993, p. 192).
329 « *[L]e modèle juridique étatique est notre paradigme de ce que le « droit » signifie* » (B. Z. TAMANAHA, « The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism », *ibid.*, spéc. p. 201).
330 B. Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, OUP, 2001, p. 197 (traduction libre). V. aussi p. 194 : « *"Law" is whatever people identify and treat through their social practices as "law" (or Recht, or droit, etc)* ». Pour une application aux peuples autochtones, v. V. PARISOT, « L'autochtonie, reflet d'une identité spécifique ? Les enjeux d'une nouvelle catégorie juridique », *op. cit.,* spéc. n°9, p. 229 et s. (l'auteure ne retenant pas ce critère à lui seul en raison du risque d'arbitraire ; il conviendrait de retenir cumulativement un critère objectif tel l'antériorité territoriale ou la spécificité culturelle).
331 Ce qui pose, comme B. Z. TAMANAHA le reconnait lui-même, d'importantes difficultés de traduction (*ibid.*, p. 169).
332 *Ibid.*, p. 195 et s. Ces concepts analytiques seraient des « *complexes of shared fundamental features abstracted from phenomena to which the label "law" has been conventionally attached* » (p. 196).

droit hors du monisme, difficulté qui se déplace sur le terrain de la définition de l'ordre juridique en droit international privé.

(2) L'absence de consensus sur la notion d'ordre juridique en droit international privé

74. On aurait pu considérer l'emploi du terme « ordre juridique » (ou « système juridique ») par la doctrine de droit international privé comme l'indice d'une rupture avec le paradigme étatique. Toutefois, si l'emploi de ces expressions est fréquent, ce n'est qu'exceptionnellement pour désigner des phénomènes non étatiques. Il s'agit en réalité davantage d'insister sur la dimension normative de l'Etat suite à l'abandon de la compréhension du conflit de lois comme conflit de souverainetés.

L'utilisation du concept d'ordre juridique vient également, pour la doctrine bilatéraliste, prêter au droit étranger un caractère rationnel, « ordonné » ou « systémique », nécessaire postulat à la méthode : l'ordre juridique étranger, cohérent et complet, a nécessairement une solution au litige concret. Ce caractère ordonné, lorsqu'il s'exprime sous l'angle de la complétude, est parfois prêté aux ensembles normatifs étrangers[333], ou dépend parfois plus largement de l'ensemble organique étranger et notamment de l'existence d'une juridiction[334]. La première version peut avoir deux types de conséquences particulièrement réductrices en ce qui concerne l'accueil de normes non étatiques :

- Il a pu être soutenu que l'existence d'un ensemble de règles répondant aux caractéristiques d'un système, détaché de tout corps institutionnel, pouvait suffire au fonctionnement de la méthode bilatérale. Telle est l'approche de D. Sindrès dans sa thèse, arguant de la possible application des Principes Unidroit sur le fondement de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle[335].
- Que les droits étrangers puissent se présenter sous la forme de systèmes normatifs cohérents et complets revient à adopter une conception étroite des ordres juridiques relevants. En effet, pour répondre à de telles conditions, il faudrait 1. Que le système normatif ait une vocation exclusive et exhaustive (soit fondé sur un modèle « culturel »[336]) et 2. Que ce système soit de type « rationnel » et non spontané, soit s'exprimant sous une forme unitaire ou que la forme unitaire soit restituée par un corps de professionnel opérant un travail de systématisation (existence d'une science du droit[337]). Ne semblent répondre à de telles exigences que l'idée occidentale du droit de l'Etat-Nation.

Enfin, l'ordre juridique peut être utilisé en droit international privé afin d'identifier la norme étrangère[338]. L'ordre juridique garantit la « réalité » de la norme étrangère ; cette réalité est institutionnelle, en ce sens qu'il existe des autorités réelles (v., pour l'ordre juridique sportif, l'existence du TAS, du comité olympique…). Les institutions (législatives, judiciaires, de sanction)

---

333 P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, v. not. n°103 et s., p. 70 et s.

334 V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, Paris, GLN éd., 1990, spéc. n°32 et s., p. 22 et s. (ci-après : *La réglementation française*). L'ensemble normatif n'est alors que potentiellement complet.

335 Pour notre critique, v. *infra* n°103 et s.

336 V. *infra* n°327 et s. pour la typologie de T. FISHER (« Nomos without Narrative », *Theoretical Inquiries in Laws*, 2008, p. 473).

337 Sur cette condition pour caractériser l'ordre juridique et écarter les « sociétés primaires », v. R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, spéc. n° 158, p. 214.

338 « *[F]aute de savoir ce qu'est le droit, il faudra se contenter de savoir où il est* » (Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, n°46, p. 80 ; l'expression n'est pas reprise dans l'édition de 2002).

garantissent la mise en œuvre effective de la norme étrangère, sa production d'effets. Pour la doctrine unilatéraliste, et les méthodes dites réalistes américaines (*governmental interests*), il est alors possible d'imputer une « volonté » d'application de la norme étrangère. Pour les bilatéralistes, la réalité de l'ordre juridique permet son inscription dans un espace-temps et ainsi l'application de la règle de conflit et l'idée de « localisation »[339]. Le problème de l'admission d'une telle approche est la pluralité d'autorités réelles existantes : dès lors qu'on s'affranchit de rattacher le droit à une autorité étatique et donc officielle, tout être humain pourrait être considéré comme une autorité réelle[340]. Il convient donc de définir plus précisément le concept d'autorités (par exemple : durée dans le temps ; extériorité aux parties), le risque étant de définir l'autorité étrangère à l'image de l'autorité étatique (c'est-à-dire l'existence d'un législateur, d'un juge, d'organes de sanction)[341].

75. La notion d'ordre juridique ne fait l'objet d'aucun consensus justifiant le choix de critères de relevance permettant l'accueil de normes non étatiques. L'ambiguïté de ce concept, véhiculant à la fois l'idée d'un caractère systémique et rationnel de l'ensemble des normes juridiques – un ordre, au sens « ordonné »[342], soit répondant à des qualités logiques comme la cohérence et la complétude – ainsi que l'idée d'un caractère « organique » ou « vivant »[343], comporte bien au contraire le risque de restreindre la relevance aux normes de l'Etat-nation et corrélativement de refuser toute ouverture aux normes non étatiques.

ii) L'opportunité des solutions concrètes

76. L'opportunité des solutions concrètes, parfois plus ou moins explicitement mise en avant pour justifier l'accueil de certaines normes non étatiques, ne parait pas plus pertinente que la conformité aux consensus existants en droit positif ou en doctrine pour penser les critères de relevance des normes non étatiques.

Il n'est pas question de rejeter toute considération « opportuniste », faisant primer à titre général un intérêt particulier, dans l'argumentation en faveur ou en défaveur de la relevance de normes non étatiques. En réalité, il serait bien difficile, en l'absence de droit positif ou de consensus doctrinaux sur la question, d'utiliser des arguments d'ordre purement « légaliste »[344] afin d'envisager la relevance de normes non étatiques. Des considérations d'intérêt public, de justice sociale ou encore d'opportunité[345] jouent nécessairement un rôle dans cette appréciation.

---

339 Nous verrons cependant que seuls les ordres juridiques étatiques sont susceptibles d'être désignés de manière satisfaisante par la méthode bilatérale (v. *infra* n°129 et s., 380 et s.).

340 L. FRANCOIS, *Le cap des tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruyland, 2ème éd., 2012. La question s'est également posée sur le terrain de l'arbitrage et le rattachement des arbitres à un « ordre juridique arbitral » au sens dégagé par E. GAILLARD (« Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *RCADI*, vol. 329, 2007).

341 Sur ce risque, v. *infra* n°175 et s.

342 Chez de nombreux auteurs (Bobbio et Kelsen par exemple), les expressions « système juridique » et « ordre juridique » sont synonyme.

343 Pour reprendre les termes de C. GRZEGORCZYK, il s'agirait à la fois d'un « système-calcul » et d'un « système-organisme ». Or, « *[d]ans la version du système-organisme on ne prétend pas que l'ensemble décrit est intrinsèquement organisé en système formel, seule sa description prend cette forme* » (« Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *APD*, 1986, p. 281, spéc. p. 298).

344 « 1. Disposition qui consiste à traiter les problèmes juridiques, ou autres, en appliquant à la lettre et dans le détail les méthodes et les critères définis par la loi, à l'exclusion de toute considération d'ordre plus général » (B. S. JACKSON, trad. E. Landowski, V°Légalisme, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*).

345 Ces trois critères sont ceux relevés par J. SHKLAR, *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1964, p. 9 et s.

77. La question est cependant de savoir comment est émis le jugement d'opportunité (et éventuellement par qui) : la poursuite d'intérêts particuliers heurte bien souvent d'autres considérations ou intérêts jugés dignes de protection (intérêts des acteurs d'un projet de construction internationale et considérations environnementales par exemple[346]) ; ce n'est qu'à l'issue d'un jugement considérant l'ensemble des intérêts en jeu et proposant une solution s'inscrivant *a minima* dans un compromis de ces différents intérêts, voire dans la poursuite du « bien commun », que ce jugement apparait comme suffisamment légitime[347]. Or, le risque est celui de la partialité du point de vue, et est particulièrement important lorsque ce point de vue est celui d'un pouvoir privé caractérisé par une « rationalité particulière »[348] ou « sectorielle »[349]. Ainsi, si certains auteurs fondent la nécessité d'un accueil des normes non étatiques sur leur caractère opportun (la règle non étatique serait plus adaptée, plus précise, plus universelle[350]), il est difficile de trouver une véritable justification à l'inadaptation des normes ou de la justice étatique[351]. Il s'agit en réalité souvent de revendiquer un libéralisme que les normes étatiques ne permettent pas[352], ou, particulièrement en matière personnelle et familiale, de revendiquer une appartenance communautaire reflétant une identité non considérée par le droit étatique. Le domaine personnel et familial est en effet le terrain de revendications identitaires, tant de la part des individus que de certaines communautés non étatiques[353].

En outre, la solution d'opportunité implique nécessairement une réflexion au regard des conséquences pratiques, variant en fonction du cas d'espèce. Une réflexion théorique peut ainsi

---

346 V. à ce titre les réflexions doctrinales pour penser une *lex constructionis* de manière suffisamment extensive pour inclure des considérations environnementales : A. FISCHER-LESCANO et G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013/1, p. 218. Les auteurs mentionnent notamment l'article 4.18 du *Model Contract* de la Fédération internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) selon lequel : « Le contractant prendra toutes les mesures nécessaires pour protéger l'environnement (à la fois sur le site et à l'extérieur du site) et pour limiter les dommages et nuisances causés aux personnes et aux biens du fait de la pollution, du bruit et d'autres conséquences de ses opérations. Le contractant devra s'assurer que les émissions, les écoulements de surface et effluents issus des activités du Contractant n'excèdent pas les valeurs indiquées dans les exigences de l'Employeur, et ne devra pas excéder les valeurs prescrites par le droit applicable ».

347 V. *infra* (n°100 et s.) les réflexions relatives à la légitimité.

348 Ce terme est celui de G. TEUBNER, v. *infra* n°110 et s.

349 « *La différence de nature entre les ordres juridiques non étatiques et le droit interne d'un Etat ne porte sur aucun élément essentiel lié à la définition du droit. Elle oppose leur caractère sectoriel à l'objet illimité du droit étatique* » (F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989, p. 9, spéc. n°42, p. 67).

350 Ces arguments sont par exemple repris par les auteurs faisant valoir l'existence d'une *lex constructionis,* avatar de la *lex mercatoria*. La *lex constructionis* serait un droit autonome déduit des modèles de contrats-types proposés par certains organismes comme la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) ou la FIDIC, de standards techniques et de sentences arbitrales dans le secteur de la construction internationale. Les contrats-types de la FIDIC sont les plus utilisés dans le domaine de la construction internationale. Voir pour les arguments avancés en faveur de l'existence d'une *lex constructionis* : C. MOLINEAUX, « Moving toward a construction lex mercatoria : a lex constructionis », *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, p. 55 ; O. PEREZ, « Using private-public linkages to regulate environmental conflicts: the case of international construction contracts », *Journal of Law and Society*, vol. 29, 2002, p. 77 ; A. BENNANI, « Les contrats FIDIC, fondement d'une lex constructionis en devenir », *Cahiers de l'Arbitrage*, 2018-1, p. 41.

351 V. pour un argument concret le succès des tribunaux étatiques (japonais) pour les litiges du commerce « international » de thon : E. FELDMAN, « The Tuna Court : Law and Norms in the World's Premier Fish Market », *California Law Review*, 94, 2006, p. 313.

352 Par exemple, la mise en avant de l'existence d'un ordre juridique de la *lex mercatoria*, ou arbitral serait guidée par la volonté de certains acteurs d'éviter les contraintes de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage.

353 V. *infra* n°251 et s.

difficilement se construire à l'aune de conséquences de solutions circonstanciées, ponctuelles et éparses, fondées sur des intérêts particuliers[354].

iii) La cohérence au regard des objectifs de la matière

78. Le choix des critères de relevance des normes non étatiques peut s'effectuer selon une appréciation des objectifs et des contraintes propres au droit international privé. Plusieurs difficultés apparaissent, qui sont celles de leur identification respective.

79. La première est d'identifier les objectifs du droit international privé. Or, ceux-ci varient selon la conception retenue de la matière, conception influant sur l'accueil potentiel de normes non étatiques.

Permettre l'accueil de normes non étatiques ne parait pas par principe heurter le discours libéral dominant aujourd'hui encore la matière et orienté vers un idéal de coexistence harmonieuse de différents systèmes normatifs ou de respect des prévisions des parties. Le premier point soulève cependant la question de l'accueil d'une norme non étatique « en contradiction » avec la norme étatique qui aurait classiquement été reconnue comme applicable[355]. Concernant le second point, l'accueil de normes étatiques parait *a priori* justifié lorsque les parties font expressément référence à une norme non étatique ou lorsque le conflit s'intègre dans une communauté non étatique dense au sein de laquelle les individus ont été socialisés[356].

Des discours relativement récents et minoritaires prévoient expressément la coordination avec des normes non étatiques au nom d'un pluralisme juridique qualifié de « post-moderne », marqué par un certain tournant éthique[357]. Cependant, les méthodes conflictuelles sont parfois expressément exclues (lorsqu'il s'agit de protéger les droits dits indigènes ou traditionnels ou bien lorsqu'il s'agit de gérer les conflits interrégimes selon G. Teubner, au profit respectivement des droits fondamentaux et des règles matérielles[358]). A notre connaissance, seule la proposition d'H. Muir Watt permet de penser une ouverture aux communautés culturelles par les méthodes de droit international privé, et plus précisément par la méthode unilatéraliste qualifiée par l'auteure de récognitive[359]. Ce tournant éthique peut cependant se solder par la réaffirmation de la norme étatique : c'est par le rattachement aux lois étatiques que l'encadrement de l'activité de certains acteurs privés non étatiques est effectué, assurant le respect de considérations relatives à l'intérêt

---

354 De nombreuses communautés non étatiques poursuivent ce que G. TEUBNER nomme des « rationalités partielles ». V. *infra* n°110 et s.

355 V. *infra*, n°380 et s.

356 V. *infra* n°100 et s.

357 Les propositions post-modernes se concentrent pour une part non négligeable dans le domaine éthique, formulant notamment « *l'Ethique de l'Ethique* », « *une Loi des lois* » (J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, Ed. du Seuil, 1967, p. 164). V. déjà *supra* n°9.

358 Pour les conflits en relation avec des cultures traditionnelles, l'auteur argumente qu'il n'est pas possible de faire référence directement à un droit traditionnel, car les sociétés traditionnelles sont précisément caractérisées par leur caractère holistique. Sur le terrain du droit international privé, cet argument pourrait se traduire par le fait qu'il est impossible de « saisir » puis « d'extraire » les normes des droits traditionnels afin de les appliquer à un litige. Nos outils conceptuels ne permettraient pas d'appréhender ces communautés denses (G. TEUBNER, *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, OUP, 2012, p. 165 et s.). V. pour notre analyse *infra* n°410 et s.

359 V. *supra* n°42.

général. Ce qui n'exclut par ailleurs pas la possibilité d'imposer le respect de l'intérêt général au moyen de la prise en considération lorsque les éléments de fait s'y prêtent (affaires *Nike* et *Erika*[360]).

Si l'approche d'H. Muir Watt retiendra plus longuement notre attention dans nos propositions de modification des méthodes[361] et en l'absence d'alternative convaincante, c'est au regard des objectifs traditionnels du droit international privé (soit de l'harmonie internationale des solutions et de la sécurité juridique) qu'il convient de penser la relevance des normes non étatiques.

80. La tentation est par ailleurs forte de penser les critères de relevance en fonction de contraintes techniques inhérentes aux méthodes du droit international privé[362]. Ainsi, par exemple et de manière quelque peu expéditive, les rattachements bilatéraux ne permettraient pas la désignation d'une « loi » non étatique[363]. Ce serait cependant oublier que les limites dites techniques reposent en réalité sur les objectifs de la matière ci-dessus évoqués. D'autre part, l'ouverture aux normes non étatiques pourrait déclencher une réaction en chaîne de déconstructions : si la « loi » au sens du droit international privé n'est plus nécessairement étatique (critère de la source de la norme), pourquoi retenir des caractéristiques de la norme étrangère calquées sur le modèle étatique

---

[360] Dans la première affaire, la Cour suprême de l'État de Californie (Supreme Court of California, *Mark Kasky vs Nike, Inc,* 27 Cal 4th 939, 45 P 3d 243, 119 Cal Rptr 2d 296 (2002), v. F.-G. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression : considérations à partir de l'arrêt *Nike v/ Kasky* », *Revue des sociétés Dalloz,* 2004, p. 261 ; R. MICHAELS, « La double privatisation du droit dans la globalisation », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 211) semble avoir admis qu'une règle non étatique, en l'espèce une charte unilatéralement adoptée relative aux conditions de production, puisse être opposée à son auteur, la société Nike. La charte devient alors l'instrument sur lequel fonder la responsabilité de la société pour l'activité de ses sous-traitants (sur le terrain de la publicité mensongère). Dans la seconde affaire, la cour d'appel de Paris retient la violation des règles mises en place pour le *Vetting* (inspection externe générée par le service commercial du navire ayant pour but de déterminer les risques que celui-ci peut présenter pour la compagnie pétrolière) par l'affréteur lui-même, constituant une faute d'imprudence sur le terrain pénal. L. NEYRET le souligne : « *[d]ans l'arrêt rapporté, les juges observent qu'aucune norme internationale n'exigeait de Total de procéder à un « contrôle technique des navires* ». Pour autant, ils constatent que le groupe pétrolier avait mis en place, de manière volontaire, un contrôle spécifique appelé *vetting*, dans la perspective clairement affichée de renforcer la sécurité des navires et, en cas d'accident, d'échapper au reproche de négligence et donc à une recherche de responsabilité pour faute. Pour la cour d'appel de Paris, si une inspection de l'*Erika* avait été réalisée fin 1999, elle aurait dû révéler « l'inaptitude du pétrolier à naviguer en Atlantique en période de tempêtes ». Et les juges d'en conclure qu'« en s'affranchissant des règles relatives à la fréquence des inspections *vetting*, [Total] a commis une imprudence qui a permis que l'*Erika* navigue (...) par un temps très dur, ce qui a contribué à créer une situation ayant permis le naufrage et la pollution qui s'en est suivie » ». Si la faute est caractérisée au plan pénal, la société a bénéficié du principe d'immunité sur le plan civil issu du régime spécial de la convention CLC (*civil liability convention*) du 27 novembre 1992 (Cour d'appel de Paris, 30 mars 2010, *D.* 2010, p. 967, obs. S. LAVRIC, p. 2238 obs. L. NEYRET).
On relèvera cependant qu'il n'est en l'espèce aucunement question de raisonnement conflictuel de droit international privé, mais de prise en considération pour l'application de diverses normes de droit interne : engagement unilatéral de volonté, quasi-contrats, sanctions pour publicité mensongère, faute civile, responsabilité du fait des choses. L'obligation naturelle est également un fondement prôné par une partie de la doctrine. Sur l'ensemble de la question : F.-G. TRÉBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises (entreprise et éthique environnementale) », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2023, n° 42 et s.

[361] V. *infra* n°192 et s., n°358 et s. notamment.

[362] Sur la technique comme cœur du droit international privé : K. KNOP, R. MICHAELS et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », *Stanford law Review*, 64, 2012, p. 589.

[363] V. *infra* n°127 et s. pour la démonstration.

(contraignant, impératif[364] ou imposé[365], écrit[366], explicite, formulé[367]…[368]) ? La technique du droit international privé ne semble pas *a priori* fermée à de tels changements : n'est-il pas possible d'imaginer, par exemple, de nouveaux rattachements ? Aussi les critères de relevance seront d'abord pensés au regard des objectifs poursuivis par le droit international privé.

2) La relevance pense la relation entre unités distinctes (ordres juridiques)

81. Au-delà d'une réflexion sur les critères de relevance, cette dernière implique que les différents ordres en relation, s'ils peuvent être enchevêtrés, sont distincts les uns des autres. En d'autres termes, c'est ce présupposé qui permet de penser la relation par le prisme de la relevance[369]. Une telle vision est inconciliable avec l'idée d'une hybridation croissante des ordres juridiques[370], ou avec un raisonnement en termes de pluralisme des sources[371].

Or, le concept d'ordre juridique, tel que défini par Romano (a), se révèle assez insatisfaisant lorsqu'il est question de l'identification des ordres juridiques étrangers non étatiques en droit international privé (b). Les alternatives proposées en doctrine ne se révèlent pas entièrement satisfaisantes (c).

a) Définition de l'ordre juridique selon Romano

82. Romano défend une conception « institutionnelle » de l'ordre juridique, que l'on oppose ou associe aujourd'hui à une conception « normative »[372]. Selon l'auteur, *« un ordre juridique […] n'est pas une somme de plusieurs parties, que celles-ci soient ou non de simples normes, mais est lui-même une unité (et remarquons-le bien, une unité concrète et réelle, non pas artificielle ou atteinte par quelque abstraction) »*[373]. L'ordre

---

364 Il s'agit d'une qualité traditionnellement juridique. On observe cependant, du moins en doctrine, un certain « *changement de perspective sur le droit* », « *que traduit bien le vocabulaire :* régulation, pluralisation des ordres normatifs, dissémination dans des réseaux, internormativité, droit de coordination, procéduralisation, ajustement, négociation, expérimentation, flexibilité *du droit, "flou" d'un droit devenu "droit souple", voire "droit soluble"* » (J. LE GOFF, « Introduction », *in* M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007, p. 13, spéc. p. 13, l'italique de l'auteur est représenté par l'absence d'italique).

365 E. LE ROY, « L'ordre négocié. À propos d'un concept en émergence », *in* P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?,* Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 341.

366 V. par exemple sur l'oralité des « droits traditionnels » de l'Afrique noire francophone : M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n°2, 2005, p. 345, spéc. p. 353.
Sur la liaison entre caractère écrit et Etat, v. L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, spéc. p. 45 : « *par l'écriture de son contenu, le droit acquiert la faculté d'échapper autant à l'empreinte sociale de ses conditions d'élaboration qu'au marquage particulier dû au contexte de son application* ».

367 Sur les deux derniers critères, v. R. A. MACDONALD, « Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives » *in* J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormatité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 233. Selon l'auteur, la « loi » (étatique) est une norme formulée et explicite. La coutume est quant à elle implicite et formulée. Le « *[f]acteur clé permettant de distinguer les procédés implicites des procédés explicites est la présence d'une tierce personne dont le rôle est de structurer les rapports entre les parties* » (spéc. p. 253).
V. *infra* n°529 et s., n°583 et s. pour un essai d'ouverture des méthodes de reconnaissance à des normes ne possédant pas ces qualités.

368 *Idem* : S. BRACHOTTE, « Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297.

369 Pour une application de cette démarche en matière sportive : « *refuser l'idée d'un ordre juridique sportif autonome […] éviterait à l'évidence de s'interroger sur la combinaison ou la conciliation éventuelle entre ce dernier et l'ordre juridique étatique* » (J.-P. KARAQUILLO, *op. cit.*, p. 79).

370 V. notamment sur l'existence d'un ordre juridique hybride européen : F. LARONZE, « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 68, n°1, 2012, p. 175. V. également *infra* n°114 à propos de l'ordre sportif.

371 D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris II, 1992.

372 V. pour une séparation possible de ces deux dimensions : D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Préf. H. Muir Watt, Paris, LGDJ, 2008.

373 S. ROMANO, *op. cit.*, §3, p. 7.

juridique est « *tout être ou corps social* »[374] ayant une identité propre et une existence durable, tirant sa qualité juridique de lui-même. Sont ainsi qualifiés de tel la mafia, l'entreprise, le cercle de jeu, la bande de brigands, l'Eglise catholique, ou encore la file d'attente.

L'institution permet de dépasser certaines dichotomies : entre « public/privé », entre « Etats/ordres non étatiques » pour saisir uniformément nombre de phénomènes divers. Sous l'influence de Romano, le juridique n'est plus nécessairement ramené à l'étatique. La figure étatique est remplacée par celle de l'ordre juridique, et est foncièrement ancrée dans le social par la notion d'institution. L'unité est d'abord sociale : il s'agit du groupe social organisé.

Pour l'auteur, il y a identité entre droit et institution[375] : lorsque le corps social devient organisé, cette force « *se mue par là même en droit* »[376]. « *Ce qui confère au droit son aspect fondamental et premier, c'est l'institution en laquelle il se concrétise* »[377], et non les normes par lesquelles il agit. Cela suppose d'une part la conscience des individus « *de faire partie d'un ensemble qui les englobe et les dépasse, et dont la personnalité propre est projetée dans une figure symbolique* » et d'autre part le droit, « *qui permet de condenser, sur un mode abstrait et impersonnel, les contraintes inhérentes à la vie collective* »[378].

b) Difficultés d'identification de l'ordre juridique non étatique en droit international privé

83. Cette définition de l'ordre juridique se heurte, particulièrement en droit international privé, à plusieurs objections.

84. D'une part, à reprendre le premier des critères qui viennent d'être dégagés, il est impossible de mesurer la conscience des individus et donc de se fonder sur celle-ci pour retenir l'existence de l'ordre juridique. A partir d'une manifestation objective de la conscience des individus, soit de l'existence d'une « *personnalité propre projetée dans une figure symbolique, chargée de décliner l'identité du groupe et d'assurer la continuité des significations* »[379], le risque est grand soit de comprendre l'institution de manière restrictive comme un Etat (existence d'un appareil de gouvernement, capacité d'assurer la continuité par une articulation explicite des normes) soit de retenir très largement l'existence d'une institution (classe scolaire, file d'attente). La pluralité des groupes envisageables dans ce dernier cas (syndicat, parti politique, famille, groupe ethnique, religieux, social, d'intérêt, étatique…), s'il convenait d'attacher une conséquence juridique en droit international privé à l'institution, serait facteur d'une insécurité juridique difficilement soutenable, notamment au regard de la diversité des devoirs de conduite potentiellement véhiculés par ces différentes normes. A prendre pour exemple un litige relatif à l'obligation alimentaire d'un parent envers un enfant, la solution pourrait varier en fonction des normes de la famille à laquelle les parties appartiennent, de l'ethnie ou de la communauté religieuse à laquelle appartient le parent ou l'enfant, ainsi que de l'Etat où ceux-ci résident.

---

374 *Ibid*, p. 25.
375 Au contraire d'HAURIOU (« La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 23, 1925, reproduit *in* S. Goyard-Fabre (dir.), *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 89).
376 *L'ordre juridique*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2002, p. 32.
377 *Ibid*., p. 59.
378 J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *in* Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, épistémologie et sciences sociales, *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7, spéc. p. 37.
379 *Ibid.*

85. D'autre part, le second élément de définition de l'institution est son caractère juridique. Comme le souligne J. Chevallier, il y a donc « *liaison bi-univoque entre droit et institution* »[380] qui a pour conséquence de « *dilue[r] le concept d'institution, en ignorant la dynamique sociale dont elle est le produit ou [de] dilue[r] le concept d'ordre juridique, en ignorant la logique propre qui le caractérise* »[381]. Une telle identité entre droit et institution ne permet pas de comprendre l'ordre juridique pour les besoins du droit international privé comme un « moment » de l'institution ; elle ne permet pas de mettre en avant le critère à partir duquel il convient de considérer qu'une coordination avec les normes d'un groupe social permet de répondre aux objectifs de la matière. Il y a en réalité, selon les termes de J. Chevallier, un « *écart* » à maintenir entre l'institution et le droit, au risque de noyer tout le juridique dans le social. Une telle perspective n'est pas nécessairement à rejeter, mais il convient alors de définir le social de manière suffisamment précise pour permettre et justifier l'application des méthodes de droit international privé[382].

Dans la perspective d'identification de l'ensemble normatif avec lequel il convient de se coordonner, le concept romanien d'ordre juridique semble peu adapté.

c) Raffinements du concept d'ordre juridique

86. Deux directions opposées peuvent être suivies afin de préciser la notion d'ordre juridique au sens romanien. La première est d'ordre sociologique : il s'agit d'assimiler ordre juridique et groupe social, en considérant que tout groupe social est nécessairement ordre juridique. Sans étonnement, une telle approche, si elle peut être judicieuse dans une perspective descriptive, ne permet pas de penser la coordination de droit international privé (i). Il convient donc de se pencher plus attentivement sur des critères d'ordre juridique permettant de penser les contours de la notion ; or ceux-ci sont nécessairement pensés à partir d'une conception *a priori* de la juridicité (ii).

i) Le rejet de la tentation sociologique : l'assimilation de l'ordre juridique à tout groupe social

87. Rappelons brièvement qu'il est impossible d'adopter un pluralisme sociologique[383] en droit, et plus particulièrement en droit international privé.

En effet, même à considérer que le droit soit une donnée empirique, si cette donnée peut être utilisée à des fins de description, d'analyse ou de comparaison[384], elle ne peut être utilisée telle quelle comme cadre d'analyse d'un travail juridique, venant limiter son objet d'étude. Du moins, elle ne peut être utilisée comme unique critère, sans être justifiée. Ainsi, retenir avec B. Tamanaha que le droit est ce que les individus nomment comme tel[385] ne peut être retenu comme définition du droit pour une construction d'ordre analytique.

---

[380] *Op. et loc. cit.*
[381] *Ibid.*, spéc. p. 40.
[382] V. *infra* n°297 et s. A titre d'exemple, Gurvitch a pu schématiquement différencier plusieurs manières d'être ensemble en fonction du degré de participation des membres du groupe : la « masse », la « communauté » et la « communion ». Le « droit social », notion découverte par l'auteur, se situerait au stade communautaire. La « communion » quant à elle serait le groupe le plus favorable à l'émergence du « droit » et constituerait un véritable ordre juridique. V. pour une analyse de la pensée de l'auteur : G. NAVARRO-UGE (*L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source de droit*, Paris 1, *n.p.*, 2021, p. 97), v. *infra* n°300 et s.
[383] V. *supra* n°44 et s.
[384] E. BERNHEIM, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/2 (volume 67), p. 1.
[385] V. *supra* n°72.

88. En outre, les concepts sociologiques ne permettent pas de résoudre le problème de l'identification de ces organisations ou groupes sociaux du point de vue du juge français dans la perspective de trancher un litige de droit privé grâce à une norme émanant de ceux-ci, où des considérations propres à la matière entrent en jeu (par exemple, et principalement : identification et compréhension de la norme étrangère, possible résolution du litige concret). Ainsi, il est impossible de considérer qu'à toute société, toute organisation sociale[386] ou « *champ semi-autonome* »[387] répondent des normes susceptibles d'une coordination selon les méthodes de droit international privé de l'ordre juridique français. En effet, le groupe social n'est pas davantage saisissable que l'ordre juridique : de la file d'attente spontanée à l'entreprise, en passant par l'unité famille, tout peut être considéré comme groupe social. Or, nous le verrons : une norme sociale non susceptible d'abstraction, spontanée, ou dont l'impérativité ou la sanction fait défaut (*soft law*) ne peut faire l'objet d'un accueil en droit international privé[388]. Des nuances seront effectuées en fonction des méthodes, et tout particulièrement en fonction de la distinction cardinale entre création et reconnaissance d'une situation.

Il reste que si le groupe social ne suffit pas en lui-même pour caractériser l'ordre juridique, il est considéré comme une condition de sa caractérisation en droit international privé lorsque les auteurs adoptent une vision institutionnelle de l'ordre juridique[389]. L'absence de communauté au sens sociologique a ainsi mené à refuser la qualité d'ordre juridique à la *lex mercatoria*[390].

Si l'existence d'un groupe social est nécessaire dans l'approche pluraliste au sens romanien, elle ne saurait suffire : il est nécessaire d'utiliser un concept juridique.

ii) Les définitions juridiques plus restrictives de l'ordre juridique s'appuient nécessairement sur une vision a priori de la juridicité

89. Certains auteurs se sont employés à préciser la définition de l'ordre juridique. Or, une définition de l'ordre juridique hors du paradigme étatique présuppose nécessairement une conception *a priori* de la juridicité, rendant la distinction entre monisme et pluralisme juridique dépourvue d'intérêt.

Il en va nécessairement ainsi lorsqu'on considère que la régulation juridique ne se ramène pas entièrement à la régulation sociale (qu'il existe d'autres formes de régulation sociale que celle

386 N. ROULAND tel que cité par G. Tremblay, « Le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine : du pluralisme juridique au constructivisme », *Revue de Droit d'Ottawa*, 2000-2001, p. 155, spéc. p. 162. N. Rouland affirme en effet que « *le droit ne se confond pas avec l'État ; il trouve principalement sa source dans les organisations sociales* ». Il reconnaît l'émergence du droit dans des groupes informels, tant que ceux-ci sont en mesure d'émettre des normes et d'en assurer l'application.

387 S. F. MOORE se réfère aux travaux de Malinowski qui conçoit les systèmes organisationnels des communités comme des unités (« [*i*]*t is well established that between the body politic and the individual, there are interposed various smaller organized social fields to which the individual belongs* », S. F. MOORE, « Law and social change : The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study », *Law & Society Review*, 1973, p. 719, spéc. p. 721). Ces champs sociaux semi autonomes sont normativement hétérogènes. V. sur le sujet : J.-G. BELLEY, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », *in Droit négocié, droit imposé ? (op. cit.),* p. 353. L'auteur le souligne, « *[l]a qualification des champs sociaux semi-autonomes comme ordres normatifs ou plus spécifiquement comme ordres juridiques dépend, selon Moore, des objectifs poursuivis par les chercheurs, selon qu'ils souhaitent inscrire leurs recherches dans la problématique large du contrôle social ou dans celle de la réglementation juridique considérée comme type particulier de réglementation* » (spéc. n°9).

388 V. *infra* n°192, 310 et s.

389 L'ordre juridique, considéré d'une perspective normativiste, comme ensemble de normes, plus ou moins organisé.

390 P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *in Mélanges Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales,* Paris, Litec, 1982, p. 125.

juridique). Il est alors nécessaire de s'accorder sur un critère de différenciation du « droit » d'autres modes de régulation sociale, tels la morale, la religion, les mœurs[391]. Il est parfois soutenu que les normes religieuses sont susceptibles d'un traitement juridique[392] ; mais alors, sur quel critère retenir celles-ci et non les règles purement morales ? Par ailleurs, même à supposer que toute régulation juridique soit sociale (ou inversement), cela revient tout de même à épouser une certaine conception du droit et de la « société ». Les Principes Unidroit ou la *lex mercatoria*, dont le manque de substrat social a été pointé par la doctrine[393], doivent-ils être considérés comme relevants ? Si tel n'est pas le cas, comme le semble s'accorder la doctrine majoritaire en droit international privé, c'est que la conception incidemment retenue du droit n'est pas essentiellement celle d'un simple outil à la disposition des parties, mais a également comme objectif la régulation ou le contrôle social. Dans tous les cas, une certaine conception du droit est, au moins implicitement, retenue.

90. Il est donc nécessaire de fixer un ou plusieurs critères *a priori*. Or, il est difficile de se départir du nationalisme méthodologique : les critères sont inévitablement pensés à partir de l'Etat, paradigme actuel du droit (par exemple, la contrainte est conçue en référence à la contrainte étatique[394]). Même lorsqu'on tente de décrire les activités de l'Etat en termes fonctionnels, c'est bien à partir de celles-ci qu'on raisonne.

On relèvera à titre d'exemple la proposition de J.-G. Belley, cherchant à dissocier régulation sociale et régulation juridique : « *[p]ar sa dimension rationnelle, la régulation juridique se réfère à une entreprise normative qui prétend s'exercer de façon réfléchie plutôt que spontanée, généralisée et non ad hoc, selon un processus défini de façon préalable plutôt qu'a posteriori, selon une régularité vérifiable plutôt que de manière imprévisible et arbitraire. La manifestation du droit suppose en ce sens une intervention minimalement institutionnalisée des détenteurs du pouvoir dans la coordination des conduites et le règlement des conflits* »[395]. Une telle définition permet à la fois d'affirmer que toute régulation sociale n'est pas juridique et que toute régulation juridique n'est pas nécessairement étatique. Cependant, l'auteur lui-même en convient : cette conception du droit est « *plus politique que culturelle, plus rationnelle que spontanéiste* »[396] ; elle suppose une « *intervention minimalement institutionnalisée des détenteurs du pouvoir dans la coordination des conduites et le règlement des conflits* », soit un « *fonctionnement effectif [d'] appareils de type législatif, administratif, judiciaire ou répressif* »[397].

---

391 B. TAMANAHA, « An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, 1995, vol. 15, n°4, p. 501, trad. B. Dupret, « La carte analytique des approches du concept de droit en sciences sociales », *Clio@Themis Revue électronique d'histoire du droit*, nº 1, janvier 2009, spéc. n°61 : « *on peut situer tout d'abord la fonction (maintenir l'ordre social), mais on doit alors fournir les critères permettant de distinguer les phénomènes proprement « juridiques » des autres (y compris la culture, la réciprocité et le langage) qui remplissent également cette fonction ; ce qui signifie, encore et toujours, que nous devons déjà savoir ce qu'est le droit* » (https://journals.openedition.org/cliothemis/1975#quotation, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

392 F.-X. LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. Arb.* 2013-1, p. 57.

393 P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *in Mélanges Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales,* Paris, Litec, 1982, p. 125.

394 « *L'idée d'une direction ou d'un appareil coercitif est une référence aux institutions juridiques bureaucratiques étatiques dont on a effacé la connexion à l'État* » (*ibid.*, spéc. n°23).
Il en va de même pour le critère d'une instance de règlement des conflits, souvent entendue comme l'existence d'un tiers institutionnalisé appliquant des règles (modèle étatique).

395 J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés,* vol. 18 (1), 1986, p. 11, spéc. p. 27.

396 *Loc. cit.*

397 *Loc. cit.*

On remarquera cependant que lorsqu'il s'agit de décrire la dynamique normative à l'œuvre au sein d'un ordre juridique étatique, il est possible de concevoir la figure de l'ordre juridique (et du droit), pour reprendre les termes de J.-G. Belley, de façon plus « culturelle » que « politique », plus « spontanéiste » que « rationnelle »[398].

Le pluralisme juridique est donc indissociable d'une approche fonctionnelle.

Cela ne signifie pas que les définitions proposées soient dénuées de pertinence : c'est au regard de leurs conséquences juridiques que cette dernière doit s'apprécier. Il convient alors de se concentrer sur les définitions de l'ordre juridique spécifiquement proposées pour répondre aux méthodes conflictuelles de droit international privé.

91. Conclusion de la section. Les approches pluraliste et moniste, confrontées aux normes non étatiques, ne permettent pas de penser de manière satisfaisante l'accueil de normes non étatiques : intégrer les normes non étatiques dans la théorie moniste revient à remettre en cause de manière fondamentale et absolue l'identité entre Etat et droit. Or, une telle remise en cause semble, au regard de la vivacité de ce mythe en droit positif, insoutenable. L'approche pluraliste quant à elle apparait *a priori* plus prometteuse : l'outil de la relevance permet d'introduire des critères particuliers et relatifs permettant l'appréhension de la norme non étatique. Cependant, le pluralisme juridique se heurte au problème récurrent de la définition de son objet, c'est-à-dire de ce qu'il faut entendre par « juridique ». Une ouverture large aux normes non étatiques ne permet pas de répondre aux objectifs du droit international privé. Un entre-deux entre monisme et pluralisme doit donc être pensé.

[398] Cette formule est inspirée de celle de J.-G. BELLEY, proposant quant à lui une définition « *plus politique que culturelle, plus rationnelle que spontanéiste* » (« L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés,* vol. 18 (1), 1986, p. 11, spéc. p. 27). V. par exemple : P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Préf. J.-M. Jacquet, Paris, Economica, 2002.

Section 2 : Un entre-deux fonctionnel : penser l'accueil des normes non étatiques dans le cadre du pluralisme normatif

92. Confrontés à la problématique de l'appréhension des normes non étatiques par les méthodes conflictuelles, ni le monisme juridique, ni le pluralisme juridique ne sont satisfaisants : le monisme ne permet pas leur prise en compte sans aboutir à des résultats insoutenables ; le pluralisme ne permet pas leur identification pourtant nécessaire à un travail analytique. Plus précisément, le pluralisme juridique au sens romanien rencontre la difficulté, communément relevée, de définition de son objet d'étude, qui s'exprime notamment sur le terrain de la définition de l'ordre juridique. Il est donc nécessaire d'adopter une approche propre au droit international privé et de dégager les enjeux propres à la matière, mis en lumière par la confrontation avec les normes non étatiques (I). A partir de ces enjeux, on retiendra le prisme du pluralisme normatif comme cadre de réflexion pour la suite du travail engagé (II).

I- Les enjeux propres à l'ouverture aux normes non étatiques en droit international privé

93. Si les définitions de l'ordre juridique proposées en doctrine s'inscrivent nécessairement dans une perspective particulière, il convient de s'intéresser à celles spécifiquement proposées en droit international privé. Trois propositions seront ici retenues : celles d'H. Muir Watt et de P. Mayer dans leurs cours respectifs à l'Académie de La Haye, et celle de D. Sindrès dans sa thèse. Ces trois définitions permettent de penser une certaine coordination avec des normes non étatiques. Leur confrontation permet de saisir plus précisément les enjeux et conséquences de l'intégration de normes non étatiques en droit international privé.

Sans surprise, c'est la dimension normative qui est première en droit international privé et commune aux trois définitions : la pluralité de normes caractériserait l'emploi des méthodes de droit international privé (A). La confrontation des définitions de P. Mayer et H. Muir Watt, notamment au regard des conséquences que ces auteurs attribuent à la qualification d'ordre juridique ou de communauté, mettent en lumière la tension inhérente à l'accueil de normes non étatiques : celle entre l'effectivité de la norme étrangère/de l'ordre étranger et de sa légitimité (B). Enfin, la question du degré d'indépendance de l'ordre ou du système normatif étranger non étatique est nécessairement à préciser (C).

A- La nécessité d'une base de déduction – majeure du syllogisme judiciaire

94. « L'autre » en droit international privé est avant tout un ensemble normatif. Cela s'explique de manière évidente : il s'agit d'adopter le point de vue normatif étranger (abstrait ou concret) comme base de déduction du syllogisme judicaire pour la résolution du litige concret dont le juge français est saisi[399]. Classiquement, selon P. Mayer, il s'agit d'une règle ou d'une décision (de source

[399] Les méthodes de droit international privé peuvent donc être qualifiées d'« *ex post* ». L'expression est empruntée à H. MUIR WATT (« Conflicts of laws unbounded : the case for a legal-pluralist revival », *Transnational Legal Theory*, 2016, p. 313, spéc. p. 331). Une telle méthodologie ne procède pas à une étude globale des rapports entre phénomènes normatifs et ne permet pas la réflexion en amont sur le contenu d'une norme non étatique, hybride, soit sur le développement de règles ou de principes communs permettant d'anticiper les conflits entre normes étatiques et non

étatique). Alors que la règle est générale et abstraite, la décision est de nature individuelle et concrète[400].

95. Ce qui caractérise les méthodes de droit international privé, notamment au regard du contrôle de proportionnalité permettant également une certaine coordination avec les normes non étatiques[401], c'est leur intégration au sein du syllogisme judiciaire[402] : le contenu du devoir de conduite signifié par le juge français est déduit d'un acte étatique étranger dont l'ordre juridique du for décide de tenir compte (loi, décision)[403].

Les règles de droit international privé, considérées dans la perspective du juge français, sont utiles à la résolution d'un conflit entre particuliers porté devant le juge français ; à ce titre, la norme appliquée doit pouvoir permettre au juge français de trouver une solution au litige. Dans la conception française du rôle du juge, celui-ci doit trancher un litige[404], ce qui se comprend comme la nécessité de trouver une solution juridique au litige, et une seule ; les ambiguïtés doivent être levées, les parties ne peuvent être laissées dans l'incertitude[405]. La norme étrangère, se trouvant mobilisée dans le raisonnement du juge français, doit pouvoir constituer la « base de déduction » du devoir de conduite *in fine* ordonné.

étatiques. Il ne s'agit pas non plus de s'intéresser à la question de l'incitation à la modification structurelle de certains organismes privés (v. à ce propos, au sujet de la « lex constructionis » : O. PEREZ, *op. cit*., spéc. p. 106). La question de la production de règles matérielles « transnationales » sera donc écartée de notre analyse, bien qu'une telle question soit évidemment pertinente dans un objectif de coordination.

400 P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *op. cit.*

401 Penser la confrontation et l'articulation entre liberté religieuse et intégrité du corps humain ne pourrait-elle pas être comparée à l'application d'une norme religieuse prévoyant la circoncision (par exemple, pour la loi hébraïque : genèse 17, 10-14) confrontée à l'intervention de l'exception d'ordre public international français ?

402 « [...] *pour pouvoir juger la décision du cas concret « juste », il est indispensable de supposer cette norme générale. Car la question de savoir pourquoi une certaine décision est juste est provoquée par le besoin de justifier cette décision, de fonder la validité de la norme individuelle qu'elle pose. Et il n'y a pas d'autre moyen de donner une telle justification, de fonder la validité d'une norme individuelle, que d'établir qu'elle correspond à une norme générale supérieure que l'on suppose être juste* » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit, (Reine Rechtslehre)*, trad. par Ch. Eisenman, Dalloz, 1962, p. 339).

Le syllogisme n'est pas une nécessité, ni même une exigence pouvant être déduite du modèle démocratique (une règle étatique pourrait autoriser le juge à statuer en équité). Il s'agit plus vraisemblablement de la conséquence de l'existence de mythes et de leur concordance (soumission du juge à la loi, législateur assimilé à une figure divine, idéal logicien), soit d'un archétype occidental de soumission (M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions d'élaboration d'une science du droit », *in Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie. Textes choisis et édités par Camille Kuyu*, Paris, Karthala, 2003, p. 283, spéc. p. 286 et s.). Le syllogisme judiciaire vient par ailleurs renforcer le principe de la séparation des pouvoirs et de leur hiérarchie.

V. pour l'articulation du syllogisme avec le principe de proportionnalité *infra* n°359 et s.

403 On remarquera que l'opération de déduction se présente différemment en fonction de la structure de la norme étrangère, puisqu'elle nécessite, lorsque la norme étrangère est une règle générale et abstraite, une concrétisation au cas d'espèce (syllogisme juridique), entrainant des difficultés particulières (interprétation de la loi étrangère). Lorsque la norme étrangère se présente comme une norme individuelle et concrète, un contrôle d'équivalence entre le devoir de conduite signifié par le juge étranger (ex : condamnation à des dommages-intérêts punitifs, prononciation d'une *kafala*) et le devoir de conduite prononcé par le juge français est nécessairement incidemment effectué, se heurtant éventuellement à l'ordre public international français (dommages-intérêts punitifs) ou nécessitant une substitution (article 370-5 du Code civil ; v. sur cet article : P. LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *RCDIP*, 2001, p. 275).

404 Il s'agit certes d'une seule des fonctions du juge étatique, mais néanmoins celle qui semble susciter le moins de discussions (D. SALAS, v° Juge, *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 6ème éd., 2019).

405 *Idem* : C. C. WENDEHORST, « The State as a Fondation of Private Law reasoning », *in* N. Jansen, R. Michaels, *Beyond the State ? Rethinking Private Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 160 et s.

Ainsi, la norme mobilisée, qu'elle soit domestique ou étrangère, étatique ou non, doit *a minima* constituer une base de déduction permettant la résolution du litige.

Peu importe la source étrangère de la base de déduction, c'est le devoir signifié par le juge français à l'issue de la déduction et dans le dispositif de la décision qui est susceptible de mener à une sanction juridique (mécanismes d'exécution forcée en l'absence d'exécution spontanée par la partie condamnée). C'est la décision judiciaire qui est servie par la coercition, et non le devoir de conduite étranger ; « *[l]es agents de la force publique exécutent la décision juridictionnelle de condamnation : ils procèdent à l'exécution forcée du devoir de conduite que son dispositif signifie* »[406]. A ce titre, il semble juste d'affirmer que pour le fonctionnement des méthodes, le caractère impératif de la norme étrangère n'est pas requis ; seul l'élément rationnel est mobilisé[407]. On aurait pu donc soutenir que tout élément rationnel suffit au fonctionnement des méthodes. Une telle opinion n'est jamais soutenue, à juste titre, au regard de la grande diversité des propositions rationnelles alors susceptibles d'être mobilisées (normes dites de *soft law*, codes privés d'entreprises, corps de règles scientifiques tels les Principes Unidroit). Ainsi, même D. Sindrès, proposant une coordination avec les Principes Unidroit, c'est-à-dire avec des règles n'appartenant à aucune institution au sens organique, en droit international privé, s'emploie à caractériser un critère d'impérativité de la norme[408].

Plus qu'une question d'impérativité de la norme et de recherche d'un *imperator* (selon une approche positiviste, la norme est conçue en termes d'acte de volonté, d'ordre[409]), il nous semble pertinent de raisonner en termes d'effectivité de la norme non étatique ou plutôt, nous allons le voir, de l'ordre non étatique. En effet, alors que l'impérativité insiste sur le point de vue de l'auteur de la norme (qui édicte des normes, d'ailleurs plus ou moins impératives), l'effectivité insiste sur la réalité de la norme, sa sanction, peu important l'existence ou la volonté de l'auteur de celle-ci. En dehors de la figure de l'Etat, l'*imperator* est en effet difficile à déterminer.

B- L'articulation entre effectivité et légitimité de l'ordre étranger comme enjeu fondamental

96. Deux types de considérations entrent en jeu lorsqu'il est question d'accueillir une norme non étatique : l'effectivité et la légitimité. Ces deux critères sont à concilier (1), et sont imputables non pas à la norme étrangère, mais à l'ordre étranger, ce qui se manifeste tout particulièrement lorsqu'il est question de penser la légitimité non étatique (2).

1) L'insuffisance de l'effectivité comme critère unique

97. Pourrait-on imaginer fonder l'accueil de la norme non étatique sur sa pure effectivité ? Une telle position n'est pas réellement soutenue en doctrine, même si certains auteurs insistent sur sa centralité, précisément lorsqu'il est question d'ordres ou de normes non étatiques[410].

---

406 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, n°124, p. 132.

407 H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n° 50 et s., p. 110 et s.

408 V. *infra* n°102 et s.

409 Au contraire d'une approche cognitiviste de l'impérativité (G. KALINOWSKI, V°Impératif, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*).

410 E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI* (251), 1995, p. 9, spéc. p. 263 : « *[l]e droit international privé concerne les individus. Pour cette raison, l'on applique des lois substantielles d'un Etat non reconnu pourvu que ces lois disposent d'un certain degré d'effectivité. Comme loi étrangère l'on peut entendre chaque règle qui est effectivement « vécue » comme telle. D'autre part, les règles de conflits de lois désignent les lois d'un Etat. A mon avis, le droit international postmoderne*

L'effectivité peut être définie comme le « *degré de réception du droit dans la sphère sociale* »[411], et plus précisément (et détachée du cadre étatique) comme embrassant à la fois l'examen du respect immédiat de la norme, soit son respect spontané (comportement des sujets), et la sanction de la norme[412]. La norme mafieuse est ainsi une norme particulièrement effective. Certaines normes non étatiques peuvent paraitre bien plus effectives que celles étatiques, notamment lorsque le pouvoir étatique est défaillant[413], mais pas uniquement. A propos de l'obligation de négocier dans certains milieux commerçants, J. Cedras affirme que « *[b]ien souvent, la considération de l'opinion du milieu est suffisamment forte pour agir, en quelque sorte, à titre dissuasif. La brèche creusée dans la réputation du négociateur incorrect peut être sanctionnée, au maximum, par l'exclusion du groupe, par la mise au ban de la société commerçante. Occulte et efficace, la liste noire garantit sans doute la loyauté de bien des négociations* »[414]. Plus généralement, l'exclusion de la communauté restreinte peut être une sanction radicale[415], garantissant son effectivité.

Bien entendu, l'effectivité ne saurait suffire à elle seule, à moins de vouloir accorder relevance à un ensemble de normes d'ordres que l'ordre étatique du for combat (groupement considéré comme terroriste, mafia). Par ailleurs, l'effectivité doit être évaluée. Dans le cadre du litige interindividuel, une telle évaluation excède l'office du juge français[416]. Certes, il est possible de rechercher l'effectivité de la norme dans l'effectivité de l'ensemble normatif dans lequel elle s'inscrit et de considérer que l'institution est l'indice principal d'une durée dans le temps du pouvoir et de son effectivité. Mais nous l'avons déjà souligné : les institutions peuvent être multiples et doivent être plus précisément définies.

98. Toutefois, il convient de souligner l'importance de ce critère d'accueil de la norme non étatique. Premièrement, et on le verra plus en détail[417], l'effectivité est une notion qui irrigue le droit international privé. A titre d'exemple, l'effectivité est un fondement de la prise en considération de la loi (étatique) étrangère[418]. Elle est par ailleurs mise en avant comme fondement lorsqu'il est question de l'application de la loi d'Etats non reconnus. Toutefois, dans l'un comme dans l'autre cas, il s'agit de l'effectivité de normes étatiques.

---

offre la clef pour vaincre ce défaut par la théorie des deux phases. Si la règle des conflits conduit à la loi d'un Etat, le juge peut tenir compte dans le cadre de cette loi des normes d'un groupe ethnique ou religieux sur lesquelles les parties ont basé leurs actes juridiques ou leur comportement, si une telle prise en considération correspond à l'attente légitime des parties ».

411 P. LASCOUMES, E. SEVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, 1986-2, p. 101. V. aussi le premier sens retenu dans le Vocabulaire juridique dirigé par G. CORNU : « mot formé au XXème siècle à partir de l'épithète effectif. 1) Caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement. Syn. Application ».

412 La distinction entre effectivité des normes et des sanctions est effectuée par P. LASCOUMES, V°Effectivité, *op. cit.*

413 Sur l'hypothèse du « *failing state* », v. *infra* n°165.

414 J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD Com.* 1985, p. 265, spéc. 282.

415 V. *infra* n°311.

416 A propos de la question spécifique des Etats non reconnus : J. VERHOEVEN, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI*, 1985, vol. 196, p. 9, spéc. p. 181 et s., et not. p. 184 : « *Comment lui demander [au juge] à la fois de vérifier le fait d'un pouvoir et d'en jauger l'effectivité ? La preuve risque d'être doublement impossible : parce que les faits ne peuvent être sérieusement établis et parce qu'il n'y a pas encore de pouvoir "effectif". Renvoyer le juge à l'effectivité, c'est lui offrir un leurre. La constatation se vérifie immanquablement, à un moment donné, dans toute entreprise de révolution, sécession, etc., ou autres annexion et démembrement* ».

417 V. *infra* (n°154 et s.).

418 E. FOHRER DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008, n°146, p. 106 (v. également *infra* n°200).

Par ailleurs, l'effectivité de l'ordre non étatique pourrait fonder des prévisions des parties quant aux normes applicables à leur relation. Cependant, la question reste de savoir si de telles prévisions sont légitimes : là encore, l'effectivité ne saurait suffire à fonder la légitimité des prévisions (l'effectivité de la loi mafieuse ne saurait fonder de légitimes prévisions des parties et sa prise en compte à ce titre). La légitimité intègre nécessairement les intérêts de l'Etat du for[419].

99. L'effectivité doit ainsi s'articuler avec la légitimité pour penser l'accueil de normes non étatiques. On retiendra donc à ce stade que la norme-base de déduction, qu'elle soit domestique ou étrangère, étatique ou non, doit *a minima* avoir la faculté d'orienter ou de contrôler directement les comportements humains. En parlant de « faculté d'orienter ou de contrôler directement » les comportements humains, un glissement est nécessairement opéré vers le *Sein*[420], l'attention portée sur les effets de la norme, à son effectivité. Cette condition ne suffit cependant pas, et il convient à présent de se pencher sur les propositions d'auteurs ayant recherché la légitimité ailleurs que dans l'Etat.

2) Les essais de définition de la légitimité (sous l'angle des valeurs) hors de l'Etat

100. La notion de légitimité, comprise comme « *qualité qui, attribuée à un ordre juridico-politique, suppose sa "reconnaissance" comme domination, et la reconnaissance de sa capacité à dicter des ordres auxquels on doit obéir* »[421], provient des sciences politiques et s'intéresse au bien-fondé du pouvoir[422]. Dans une approche pluraliste, la légitimité de la norme étrangère peut difficilement être identifiée à la légalité. Même à observer que la norme non étatique appartient bien à l'ordre non étatique étranger selon les conditions qu'il pose (si tant est qu'une telle vérification soit possible, notamment lorsque l'ordre non étatique ne possède pas de normes écrites venant affirmer le processus d'énonciation de la règle ; comment vérifier si la coutume *amazigh*[423] relative à la répartition des biens acquis pendant le mariage[424] appartient bien à cet ordre coutumier ?), cette condition ne rend pas nécessairement l'ordre non étatique légitime. S'il est théoriquement possible de considérer que la règle émise par le chef d'un groupement terroriste a été émise, au regard de cet ordre, de manière régulière, le groupement n'est pas davantage considéré comme légitime. G. Teubner règle la difficulté de manière originale pour certains ordres non étatiques « sectoriels » (*lex digitalis, sportiva*…) en considérant comme légitimes les ordres connaissant une « constitution privée ». Nous reviendrons

---

419 V. sur ce sujet : Y. PRE, *L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois*, Thèse, Paris 1, *non publiée*, 2022, n°426 et s., p. 198 et s.

420 Compris, selon H. KELSEN (*Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2ème éd. (1962), Bruylant et LGDJ, 1999, p. 13 et s.), comme opposé au *Sollen*, soit appartenant au domaine du fait.

421 Il s'agit du sens 2 du *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* (F. J. DE LUCAS, v°Légitimité). Sens 1 : « qualité de conformité au critère normatif qui fixe les paramètres de valorisation de l'objet qu'il règle et par rapport auquel on prédit ou non la légitimité ».

422 *Loc. cit.*

423 La coutume *amazigh* est celle du peuple du même nom, nommé berbère par le colonisateur français. L'espace géographique amazighe est situé essentiellement « *en Afrique du Nord (entre le Maroc et la Libye), espace où il faut inclure également le pays Touareg et certains îlots en Egypte (l'oasis de Siwa)* » (A. KHERDI, *Les Aït Hdiddou. Organisation sociale et droit coutumier*, Institut Royal de la Culture Amazighe, Rabat, 2012, p. 16).

424 *Al-kadd wa-l-si'aya* (parfois traduite comme « labeur et poursuite de l'effort »), règle prévoyant un partage des biens acquis pendant le mariage au profit de l'épouse au titre d'une compensation pour le travail domestique ou extra-domestique fourni. V. sur le sujet : L. BUSKENS, « Berber Customs as Heritage : The Discovery and Rediscovery of Customary Law in Morocco », *in* D. Casajus, T. Nishio, F. Pouillon, T. Saito (dir.) *Sur la notion de culture populaire au Moyen-Orient*, Senri Ethnological Reports 152, 2021, p. 73, spéc. p. 90 ; M. MOUAQIT, « Le droit de kad wa si'aya. Anthropologie d'une règle coutumière au Maroc », *in* H. Rachik (éd.), *Contester le droit : Communautés, familles et héritage au Maroc*, Casablanca, La Croisée des Chemins, 2016, p. 207.

plus en détails sur la pensée de l'auteur[425]. A ce stade, on peut observer qu'il ne s'agit pas de vérifier que la norme non étatique répond aux conditions posées par la « constitution privée », mais de se contenter de l'existence de cette dernière. Il n'est pas alors question de rechercher la légitimité de l'ordre non étatique sur le fondement de la légalité de ses normes.

Le bien-fondé du pouvoir normatif de l'ordre non étatique doit être recherché ailleurs. C'est au regard des besoins ou « *requêtes du monde social* »[426] et de valeurs ou exigences éthiques[427] qu'il doit être apprécié.

La légitimité n'est pas opposée à l'effectivité : pour être légitime, la norme doit entretenir un lien avec la réalité vécue[428] (sans quoi l'application de la norme serait surprenante pour les parties et leur intérêt est également protégé par la condition de légitimité, qui s'apprécie partiellement au regard de l'intérêt des parties[429]). Mais la légitimité va au-delà, et intègre aussi un certain rapport aux valeurs[430]. L'ordre de valeurs doit nécessairement être précisé, notamment lorsqu'il s'agit de considérer comme légitimes des normes et ordres étrangers. Dès lors que le juge français se reconnait compétent, ce qui se produit lorsque la relation litigieuse a une perspective d'intégration dans l'ordre juridique du for[431], ces valeurs sont nécessairement celles de l'ordre juridique français. A titre d'illustration, il est en effet fort probable que les ordres juridiques français et israélien auront une appréciation différente de la légitimité de la communauté juive ultra-orthodoxe de New York (dont les normes pourraient être considérées comme relevantes en présence d'un litige relatif au divorce par remise et acceptation du *guet* d'époux américains appartenant à cette communauté). La légitimité dépend entre autres de valeurs culturelles défendues par l'Etat français, et tout particulièrement, dans l'exemple choisi, des conceptions retenues de laïcité, d'égalité, ou encore d'épanouissement de l'individu.

Pour les auteurs qui considèrent que la légitimité peut être autre que formelle ou étatique[432], les conditions de relevance réfléchies tentent de trouver un équilibre entre deux pôles. Plus prosaïquement, il s'agit de refuser d'accorder relevance à la fois au groupe ethnique ou religieux intolérant ainsi qu'au groupe d'intérêt transnational[433]. Ces conditions de relevance visent :

---

425 V. *infra* n°109 et s.

426 S. GOYARD-FABRE, v°Légitimité, *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 6ème éd., 2019, p. 929, spéc. p. 929.

427 Soit avec l' « extra-juridique » et le « méta-juridique » (S. GOYARD-FABRE, V°Légitimité, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*). N. BOBBIO montre la double impossibilité théorique de rattacher la légitimité des règles de droit uniquement aux besoins des populations ou uniquement à une expression de la justice. Selon l'auteur : « [*l*]*a légitimité représente la fin du cercle ascendant des faits aux valeurs, et le commencement du cycle descendant des valeurs aux faits* » (tel que cité dans le *Dictionnaire*).

428 F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 12, n°1, 1984, p. 163.

429 V. pour la démonstration : Y. PRE, *op. et loc. cit.*

430 S. GOYARD-FABRE, *op. cit.* ; M. VAN DE KERCHOVE, « Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité », *in* M. Van De Kerchove *et al.*, *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, 1981, spéc. p. 44.

431 Expression empruntée à B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Bibliothèque de droit privé, Dalloz, 1977, n°160, p. 165.

432 *Contra* : v. la pensée de Kelsen et de Weber (*Economie et société*, trad. J. Chavy, Paris, Plon, 1971).

433 P. S. BERMAN, « Non-State lawmaking through the Lens of Global Legal Pluralism », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law : The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 15.

- D'une part à <u>assurer le respect de valeurs libérales</u> (ne pas « enfermer » l'individu dans sa culture d'origine, dans des communautés qui ne prévoient pas d' « *exit right* »[434], soit qui exercent une pression sociale telle que l'individu ne peut concrètement décider de quitter la communauté – ce qui pourrait se traduire par la reconnaissance effective de la part de la communauté de la liberté de mouvement, d'association ou encore par l'absence de punition instituée en cas de sortie du groupement) (a). Une des solutions proposées est de faire jouer la volonté des parties afin de déclencher l'application de la norme non étatique. Une autre solution est de venir limiter en amont les communautés pertinentes : celles-ci doivent admettre un minimum de libéralisme.

- D'autre part à <u>garantir le respect de la poursuite d'une vision collective du Bien</u> (b). Ce dernier peut être compris de manière très diverse. Néanmoins, il semble *a minima* réductible à l'idée de proposer un équilibre entre les différents intérêts au sein d'une communauté se comprenant dans des termes holistiques, soit une communauté « culturelle »[435]. Certains auteurs la pensent également pour les « rationalités particulières », ou communautés d'intérêt, lorsque celles-ci connaissent un « constitutionnalisme sociétal ».

a) Assurer le respect de valeurs libérales

101. L'existence ou l'absence de « droit de sortie » d'une communauté dépend d'un ensemble de considérations factuelles. L'exemple donné par L. Green dans son article intitulé « Rights of Exit » est celui de la communauté indienne en cause dans la décision canadienne *Thomas vs Norris*[436] relative à l'action en responsabilité civile d'un individu soumis de force à certains rituels de la culture indienne, au cours desquels il a été agressé et séquestré. La victime, considérée comme indienne par l'ordre juridique canadien, avait vécu en dehors d'une réserve indienne la majeure partie de sa vie, n'avait pas été élevé selon les préceptes de la tradition indienne et rejetait explicitement ce qu'elle en savait. Ses ravisseurs revendiquaient quant à eux son appartenance à la communauté indienne et sa soumission à ses coutumes et à son mode de vie. La cour suprême de la Colombie britannique rejette l'argumentation des défendeurs en l'espèce et considère l'action en responsabilité civile comme fondée.

Sur le terrain du droit international privé, le respect de valeurs libérales peut être pensé par le recours à l'autonomie de la volonté : il s'agit dans ce cas non pas d'une condition intrinsèque à la norme étrangère, mais de réintroduire le libéralisme au stade conflictuel. Une telle solution est aussi bien dans ses fondements que dans ses conséquences critiquable (i). Poser des conditions *a priori,* intrinsèques à l'ensemble normatif étranger, apparait davantage convaincant (ii).

i) Critique du libéralisme et consensualisme conflictuel

102. Pour D. Sindrès, le conflit de lois serait un conflit entre systèmes juridiques, compris comme des ensembles autonomes et complets de règles de droit (en raison du domaine d'application virtuellement universel des règles), séparables des ordres juridiques, assimilés quant à

[434] V. en particulier chez H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*., spéc. n°345, p. 344.
[435] Sur la distinction, v. T. FISHER, *infra* n°327 et s.
[436] *Thomas v. Norris* (1992), 2 C.N.L.R. 139.

eux à la dimension institutionnelle de l'Etat[437]. Tout comme les règles étatiques, les règles non étatiques pourraient former des ensembles normatifs d'application virtuellement universelle et seraient juridiquement impératives. Cette impérativité serait fondée, selon l'auteur, sur le postulat du libre-arbitre et se distinguerait pour cette raison de la contrainte[438]. Les normes non étatiques désignées comme applicables par les parties seraient alors impératives, peu important qu'elles ne fassent l'objet d'aucune contrainte étatique. Cette conception de l'impérativité se fonde toute entière sur le consensualisme, sur la volonté de se lier, qui peut résulter d'un sentiment de nécessité[439]. Par conséquent, aucun obstacle ne s'opposerait à ce que le principe d'autonomie soit compris comme permettant le choix de normes non étatiques, sous réserve de l'intervention de l'exception de l'ordre public international. Les normes non étatiques deviendraient, par leur désignation par les parties, impératives.

103. Fondement critiquable. Distinguer l'impérativité de la contrainte en admettant que l'impérativité d'une norme puisse être déduite d'un accord de volontés ne peut cependant être soutenu :

- A considérer que les parties soient d'égaux cocontractant, on ne voit pas en quoi l'impérativité consiste, puisqu'elles peuvent à tout instant défaire ce dont elles ont convenu[440].
- A considérer qu'elles ne soient pas en position de stricte égalité, ce qui répond à l'hypothèse où l'une des parties est en mesure de sanctionner (ou de menacer de sanction) l'autre[441], comment considérer que l'accord conclu entre elles puisse légitimement fonder la relevance de la norme non étatique issue de ce choix ? Au regard de l'ensemble des normes impératives de droit interne français venant protéger les parties faibles, il semble difficile d'admettre que le contrat conclu entre deux parties inégales puisse fonder la relevance d'une norme non étatique.

---

[437] D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Préf. H. MUIR WATT, Paris, LGDJ, 2008.

[438] A l'inverse de la contrainte, qui entrave la liberté du sujet, l'impératif juridique la supposerait (*ibid.*, n° 145, p. 79). Selon la systématisation de C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, la conception de D. Sindrès, se référant explicitement à R. Capitant (*op. cit.* n°124, p. 68 ; n°145, p. 79 ; n°147, p. 79), s'inscrit dans le courant du « *positivisme individualiste subjectif* » (*Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992, p. 38). Selon ce courant, la volonté individuelle est considérée comme le « *fait psycho-sociologique authentiquement générateur de la norme juridique … [l]e fondement du droit réside alors dans la volonté de chaque individu composant une société d'obéir aux règles de celle-ci* ».

[439] Le consensualisme ne s'oppose donc pas à la théorie de l'institution telle que développée par HAURIOU (*op. cit.*) : l'Etat serait un groupement d'individus animé par une idée d'entreprise consistant en la réalisation d'un certain ordre social et politique, dont les personnes seront les bénéficiaires ; or, comme tel, il suppose un processus de fondation et d'adhésion.

[440] Quelle impérativité retenir lorsque les parties, en relation contractuelle de longue date, préfèrent finalement modifier l'accord initial, voire y renoncer, pour préserver leur relation ?
Rappr. d'un point de vue sociologique R. ELLICKSON (*Order Without Law,* Cambridge (Massachussetts), Harvard Univ. Press, 1991, p. 126 et s.). Selon l'auteur, plusieurs autorités exercent un contrôle social. Il en existerait trois sortes. Le premier type de contrôle est celui que l'on exerce envers soi-même (c'est la problématique de la conscience morale). Le deuxième type de contrôle est de type contractuel et est exercé réciproquement par chaque partie dans le domaine couvert par le contrat. Enfin, le dernier type de contrôle, tripartite, peut imposer aux parties des normes auxquelles elles n'ont pas adhéré. La force sociale exerçant ce contrôle peut éventuellement être organisée hiérarchiquement (par exemple selon un modèle étatique).

[441] Ce qui pourrait suffire à admettre l'existence d'un « jurème » ou d'une « norme » selon L. FRANCOIS (*Le cap des tempêtes, op. cit.*).

En réalité, la notion même d'impérativité suppose un « pouvoir suprême », qui se comprend difficilement hors de toute réflexion sur les institutions, sur la réalité du pouvoir, et bien entendu sur l'Etat[442]. Le terme est précisément né à Rome : « *[c]hez les magistrats supérieurs, la potestas culmine en imperium – notre future empire – commandement militaire et civil, pouvoir suprême par excellence* »[443].

104. Conséquences critiquables. Faire le choix du consensualisme comme fondement de l'impérativité et de la légitimité entraine par ailleurs plusieurs conséquences inacceptables.

La relevance des normes non étatiques en droit international privé se trouve alors limitée au domaine couvert par l'autonomie de la volonté. Une telle analyse fait fi de l'éventuelle relevance de normes non étatiques dans d'autres domaines que le domaine contractuel et retranche de l'analyse des normes non étatiques qui s'analysent non pas en termes d'adhésion contractuelle, mais en termes de socialisation ou d'adhésion, et tout particulièrement d'adhésion imposée[444]. Or, ces normes ont une effectivité certaine[445] et méritent à ce titre de ne pas être retirées de l'analyse sans examen.

Dans le domaine couvert, la coordination peut se penser avec tout système autonome et complet de règles. D. Sindrès envisage de manière assez souple ces conditions : les règles doivent principalement permettre la résolution du litige dont le juge est saisi. Ainsi, les parties peuvent indifféremment convenir de l'application de la *charia*, de codes de conduite privés, ou de n'importe quel corps de texte, dès lors qu'il permet de résoudre le litige et que les parties en ont convenu. Le risque connu est celui de permettre l'application de normes de « rationalités sectorielles »[446], s'opposant à toute conception d'un bien commun. Tel serait le cas d'une *lex constructionis* composée d'un ensemble de contrats-types[447], ne prenant pas en compte d'éventuelles considérations écologiques ou les intérêts de certaines populations locales concernées par le projet de construction[448]. En d'autres termes, fonder la légitimité sur le consensualisme et la liberté des parties ne peut suffire : toutes les prévisions contractuelles ne sont pas légitimes[449]. A titre d'exemple, on

---

442 Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245.

443 S. KERNEIS, V°Autorité, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*

444 La même critique peut être adressée à la construction de Y. HEYRAUD, qui retient quant à lui une définition du « droit » non étatique comme « *l'ensemble des règles écrites et unilatéralement élaborées par des acteurs non-étatiques, privés et/ou publics, ayant vocation à s'appliquer eu égard à l'activité considérée, indépendamment des frontières étatiques* » (Y. HEYRAUD, *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, n°29, p. 28).

445 V. *infra* n°173.

446 Nous empruntons le terme de G. TEUBNER (*Constitutional Fragments, op. cit.*, p. 165 et s.).

447 V. *supra* n°77 (en note de bas de page) : la *lex constructionis*, serait un droit autonome déduit des modèles de contrats-types proposés par certains organismes comme la CNUDCI ou la FIDIC.

448 V. d'une brûlante actualité les projets EACOP et TILENGA (T. OGWANG, F. VANCLAY, « Cut-off and forgotten ? : Livelihood disruption, social impacts and food insecurity arising from the East African Crude Oil Pipeline », *Energy Research & Social Science*, 2021, vol. 74, article n°101970 ; https://totalenergies.com/fr/medias/actualite/communiques-presse/ouganda-tanzanie-accords-definitifs-projet-developpement, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

449 V. sur le sujet : Y. PRE, *op. cit.*, spéc. n°471, p. 213 et s. : « *[l]e consensualisme des prévisions que l'on observe dans un contrat ou qui résulte du prononcé d'un jugement n'est pas nécessairement la preuve irréfutable de la légitimité horizontale. Voici un contrat nul selon la loi française en raison du vice de consentement d'une des parties, mais valable selon la loi étrangère « choisie » par les parties. Le contractant français peut par exemple avoir été victime de la violence économique de son cocontractant étranger. Peut-on valablement déduire que les prévisions des parties proviennent de leurs stipulations contractuelles ? Pour une partie le contrat existe, pour une autre il n'existe pas. Pourtant, une partie peut croire en l'application de la loi validant le contrat en raison de la clause de choix de la loi et l'autre partie peut légitimement croire en l'application de la loi de l'Etat français où se rattacherait, par exemple, une prépondérance de liens avec le rapport contractuel* ».

pourra citer la proposition de modification de l'article 3 du Règlement Rome I[450], dans sa rédaction initiale, par l'Institut Max Planck de Hambourg. En matière contractuelle, les auteurs proposent des critères venant restreindre les normes non étatiques susceptibles d'être choisies par les parties comme loi applicable : « *l'ensemble de principes doit avoir été créé par un organisme indépendant, impartial et neutre ; son contenu doit être équilibre et protégé contre les fraudes et abus par l'existence de certaines règles impératives ; et il doit réglementer les droits et les devoirs de manière suffisamment complète* »[451]. En réalité, il s'agit bien non pas de proposer une relevance des normes non étatiques, mais d'organiser la coordination avec un droit substantiel européen des contrats[452] : on ne peut comprendre autrement les conditions posées, ce que serait un « organisme indépendant, impartial et neutre » (hormis l'Union européenne et de son point de vue, ou encore d'Unidroit) ou encore un « contenu équilibré » des principes (l'appréciation est nécessairement subjective et substantielle). La technique de l'incorporation est alors à privilégier, car elle permet de penser la liberté contractuelle dans un cadre plus général (soit étatique[453]), et donc légitime.

Le fondement du respect des prévisions des parties ne saurait venir au secours du consensualisme. On aurait pu *a priori* soutenir que les normes non étatiques sont applicables non pas lorsque les parties conviennent expressément de leur application, mais quand ces normes sont celles auxquelles les parties peuvent s'attendre. Or, il n'est jamais soutenu que la simple expectative des parties, même raisonnable, puisse fonder l'application de certaines normes : les prévisions doivent non seulement exister, mais également être légitimes. Or l'appréciation de la légitimité s'apprécie, comme l'a montré de manière convaincante Y. Pré, tant au regard des expectatives des parties qu'au regard des « *requêtes que présente l'intérêt étatique* »[454]. Le respect des légitimes prévisions des parties, ici au regard de l'application de normes non étatique, ne peut trouver son fondement uniquement sur le consensualisme.

ii) Libéralisme et condition a priori de relevance

105. Une autre solution est de considérer comme légitimes, avec H. Muir Watt, les ordres normatifs intégrant des considérations libérales minimales, soit prévoyant un droit d'*exit*[455]. Plus exactement, il s'agit de s'assurer de l'engagement de la communauté (culturelle[456]) de ne pas « *empêcher la sortie complète ou partielle des membres qui le souhaitent (la femme qui s'estimerait lésée par les conditions du divorce, par exemple, ou du caractère biaisé d'un panel juridictionnel composé exclusivement d'hommes).*

---

[450] Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 200 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après : « Rome I »).

[451] Traduction libre du passage suivant: « *the respective set of principles has to be created by an independent, impartial, and neutral body; its content has to be balanced and protected against evasion and abuses by certain mandatory rules; and it must regulate the rights and duties in a fairly comprehensive way* » (Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) », *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 2007, vol. 71(2), p. 225, spéc. p. 244 et s.).

[452] R. MICHAELS, « Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts », *in* K. Purnhagen & P. Rott (éd.), *Varieties Of European Economic Law And Regulation: Liber Amicorum For Hans Micklitz*, 2014, p. 43, spéc. p. 50.

[453] *Idem* : J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Préf. C. Grare-Didier, Paris LGDJ, 2011, n°815, p. 328.

[454] Y. PRE, *op. cit.*, spéc. n°436 et s., p. 201 et s.

[455] « Discours sur les méthodes du droit international privé », n°345, p. 344 : « *La préoccupation essentielle ici, comme on l'a vu, est la protection des membres les plus vulnérables des communautés minoritaires, qui auraient à supporter le coût du pluralisme. Pour éviter ce double risque, le pluralisme (dans la version récognitive que nous préconisons ici) exige que chacun dispose d'un droit d'exit* ».

[456] V. *infra* n°108.

Ceux-ci doivent pouvoir revendiquer le bénéfice de la loi locale et accéder aux juridictions étatiques pour rendre ce choix effectif »[457].

L'auteure pense l'engagement des communautés non étatiques dans un cadre institutionnel : « *Dans le dispositif qu'on peut imaginer à partir d'une combinaison du pluralisme et du droit international privé, certaines conditions ou règles du jeu sont élaborées en commun par les divers systèmes ou communautés concernés, afin de bénéficier des avantages réciproquement consentis, au sein d'un arrangement institutionnel proprement hétérarchique ou réticulaire. Accéder au réseau, ce serait (à l'instar de l'appartenance à un système fédéral, voire au concert des nations) bénéficier de la fongibilité des lois au sens de la possibilité de voir sa propre loi respectée par les autres et ses propres jugements accueillis ; la contrepartie, c'est l'adhésion à un certain nombre de principes dont la sanction ultime serait l'exclusion* »[458].

Ce cadre institutionnel suppose que divers représentants et organes, étatiques et non étatiques, entrent en communication[459]. Si une telle proposition est éventuellement envisageable, et non sans difficulté[460], dans un contexte interne, le dialogue avec des autorités non étatiques en droit international privé semble difficilement pouvoir être retenu. Si les processus de coopération permettent d'engager un véritable dialogue, dans la mesure où « l'Autre » devient co-acteur (l'action est commune, concertée[461]), les méthodes conflictuelles et le mécanisme unilatéral de la relevance permettent de penser une coordination passive et donc plus large, qui ne présuppose pas de parvenir à un accord avec l'autorité étrangère (éventuellement non étatique) ni que la communauté se présente sous une forme institutionnelle reconnue par l'Etat français[462].

A la différence de ce qu'envisage D. Sindrès, il s'agit de s'assurer en amont du respect de ces conditions, avant même de penser la coordination et de recréer une certaine communauté de droits. Cependant, les conditions de la mise en place de ce « réseau » semblent difficilement réalisables. Par ailleurs, l'intervention d'accords institutionnels reviendrait à effacer la spécificité des méthodes conflictuelles.

106. Enfin, l'appréciation de la légitimité pour penser les conditions d'accueil des normes non étatiques doit nécessairement concerner l'ordre non étatique lui-même, et non chaque norme comprise pour elle-même. Ainsi, on remarquera que l'appréciation de la « neutralité » des règles de droit, condition de définition de celles-ci selon les Principes de La Haye sur le choix de la loi

---

457 *Op. cit.*, n°345, p. 345.

458 *Ibid.*, n°343, p. 343 (nous soulignons).

459 V. la proposition d'A. SHACHAR de « *joint governance* » présentée *supra* en introduction (n°11).
V. également : S. SARDAR ALI, *Modern Challenges to Islamic Law*, *op. cit.*, p. 211. Pour une critique de cette proposition : M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK : Minorities, Pluralism and the Law*, Londres, British Academy, 2012 ; J. A. NICHOLS, « Religion, Family Law, and Competing Norms », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law*, *op. cit.*, p. 197 ; K. KNOP, R. MICHAELS et A. RILES, *op. cit.*, spéc. p. 607.

460 « *Any conversation about joint governance (A. Shachar) with the state raises very serious concerns from a religious perspective, however, because it suggests less than full respect for religious liberty and separation of church and state* » (J. NICHOLS, *op. cit.*, spéc. p. 214, note 72).

461 P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, n°37, p. 56.

462 Pour un aperçu des difficultés, v. par exemple la question de la qualification du groupement indigène pour la résolution d'un litige de droit privé (ici sur le point de savoir s'il possède la qualité d'ester en justice : D. RUZIE, note sous CA Paris, 20 décembre 1976, *tribu de Bunlap et Bong Watase c/ Epx Gourguechon et Association « Connaissance du Monde »*, *JDI*, 1977, p. 474). Sur la question de la définition de l'ordre étranger comme institution, v. *infra* n°169 et s.

applicable aux contrats commerciaux[463], s'effectue en réalité au niveau de l'ordre non étatique. Selon le commentaire, il s'agit d'apprécier la neutralité de l'organe émettant la règle, qui doit être « *représentatif de divers points de vue économiques, politiques et juridiques* »[464].

b) Garantir la poursuite d'une vision collective du Bien

107. Le Bien est une notion très riche et est ici comprise comme valeur collective, indépendante de l'unique satisfaction d'intérêts ou de besoins individuels. La norme appliquée en droit international privé tirerait sa légitimité de sa conception comme une « *nécessité sociale, voire comme un bienfait* ». Comme le souligne Batiffol, « *[l]'originalité probablement spécifique du droit international privé est qu'il traite d'intérêts privés, mais, comme toute branche du droit, considérés dans un groupe où il s'agit de concilier, pour s'en tenir à une formule volontairement prudente, des intérêts particuliers et des intérêts généraux* »[465].

La norme étrangère répond certes, dans son contenu, à une conception différente du Bien, mais le libéralisme implique que l'Etat ne possède pas de position absolue et non-concurrencée de ce qu'il considère comme étant « bon » ou « bien »[466]. On observera cependant que des conditions sont nécessaires à son admission hors du paradigme étatique[467], impliquant nécessairement l'idée d'un équilibre à réaliser entre différents intérêts particuliers, équilibre sans cesse repensé. Cet équilibre ne peut se penser qu'au sein de communautés se comprenant selon des termes culturels (i) ou au sein de communautés d'intérêts destinées à connaître, au contact d'autres rationalités, une « constitutionnalisation » selon les termes de G. Teubner (ii).

i) La communauté culturelle

108. Une première solution est de considérer comme légitimes les ordres normatifs intégrant des considérations relatives à une certaine prise en charge du Bien, soit les communautés culturelles. Telle est, il nous semble, une des conditions de la « communauté autonome » d'H. Muir Watt, susceptible d'être le sujet et l'objet d'une coordination selon la méthode unilatérale recognitive[468].

---

463 Les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux ont pour ambition d'être utilisés par les tribunaux afin d'« interpréter […] les règles de droit international privé » (Préambule, 3), mais ne possèdent aucun caractère contraignant. Il s'agit de « principes » et non d'une « convention ». On observera que les tentatives précédentes de formuler des règles de conflit de lois en matière contractuelle (1955, 1986) ont eu peu de succès. V. sur la qualification de ces principes de *soft law* : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016/2, p. 409, spéc. n°5 et s ; B. FAUVARQUE-COSSON, P. DEUMIER, « Un nouvel instrument du droit souple international : Le "projet de Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux" », *D.*, 2013, p. 2185. On remarquera cependant que c'est le premier texte quasi-législatif à prévoir un choix de loi au profit de normes non étatiques devant les juridictions étatiques. Selon l'article 3, « les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement » (nous soulignons). V. S. SYMEONIDES, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *RCDIP*, 2013, p. 807, spéc. p. 832 et s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, spéc. n° 39 et 46. Cette dernière réserve risque en pratique de priver d'effet cette disposition novatrice.

464 §3.11 du commentaire.

465 H. BATIFFOL, « Les intérêts de droit international privé », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergeichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts : Bewahrung oder Wende ? Festschrift für Gerhard Kegel*, Alfred Metzner Verlag, 1977, p. 11, spéc. p. 18.

466 Sur le lien entre la norme et le « bien », v. notamment S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, n°62, p. 73.

467 Pour HEGEL, l'Etat est seul en mesure de garantir le Bien commun, en tant que principe de « totalité » et expression suprême de la « Raison » (*Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervegan, PUF, Paris, 2013 [1821]).

468 Après avoir présenté les deux types de communautés et leur prise en compte en droit international privé, il nous semble que l'auteure ne traite plus que des premières (v. n°382 et s., p. 382 et s.).

H. Muir Watt s'appuie sur les travaux de T. Fisher distinguant entre deux modèles de communautés : le modèle culturel et le modèle libéral[469]. Selon cette dernière auteure, au sein de la communauté culturelle, le droit est conçu comme au service d'une vision collective du bien, comme l'expression d'une souveraineté collective (tant la production normative que le règlement des conflits sont l'expression de jugements collectifs, de la vie commune). Cette communauté se conçoit non pas dans son rapport à l'Etat mais dans l'idée de nation, de religion ou d'ethnie. A l'inverse, le modèle libéral conçoit le droit comme instrument au service des parties, obéissant à une logique de marché[470].

109. La conception de G. Teubner relative aux sociétés traditionnelles n'est pas si éloignée. Selon l'auteur, les sociétés traditionnelles seraient, au contraire des régimes sectoriels privés, *per se* légitimes et dignes d'une protection spécifique.

G. Teubner affirme dans ses différents écrits l'existence de deux types de fragmentation des sociétés à l'époque contemporaine : une différenciation fonctionnelle, qui divise la société en secteurs spécialisés caractérisés par des rationalités propres (exemple de la *lex digitalis*) et une différenciation entre modernité et tradition, mettant à l'écart certaines cultures traditionnelles qui ne connaissent pas de différenciation fonctionnelle (l'auteur prend l'exemple, dans un de ses articles, d'une communauté locale indienne[471])[472]. Les méthodes de résolution des conflits seraient distinctes en fonction des sociétés ou régimes impliqués (régimes fragmentés se déployant de manière globale ou bien cultures dites traditionnelles).

Pour les conflits en relation avec des cultures traditionnelles, l'auteur propose d'agir sur deux plans : l'instauration d'une fiction de l'existence de droits « indigènes » bien que ces sociétés traditionnelles ne raisonnent pas en termes de « droit » au sens « moderne » et l'autolimitation matérielle des autres ordres normatifs (étatiques ou régimes sectoriels). Par cette autolimitation, il s'agit de protéger les sociétés traditionnelles, et notamment la reproduction des savoirs traditionnels, essentiels à la survie de la communauté. A prendre l'exemple d'une plante médicinale, objet d'un brevet européen et utilisée par une communauté locale indienne à des fins médicinales, l'auteur décèle un conflit entre les normes internationales relatives aux brevets et les normes d'une culture traditionnelle indienne. Il s'agirait alors de reconnaitre l'existence de savoirs traditionnels en tant que « droits coutumiers ». Une fois ces savoirs reconnus, la solution n'est pas à la coordination, mais à la création, par les Etats et les régimes sectoriels, de normes venant restreindre l'application de leurs règles substantielles ; en d'autres termes, il s'agit d'introduire une coordination par le retrait, au nom de l'existence de « *basic rights* » des sociétés traditionnelles[473]. Pour le droit international des brevets, il

---

469 T. FISHER, « Nomos without Narrative », *Theoretical Inquiries in Laws*, 2008, p. 473. V. également *infra* n°327 et s.
470 Pour des développements plus conséquents, v. *infra* n°330 et s.
471 G. TEUBNER, P. KORTH, « Two kinds of legal pluralism: collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society », *in* M. Young (éd.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge University Press, 2012, p. 23.
472 V. G. TEUBNER, *Constitutional Fragments…, op. cit.*, p. 165 et s. V. aussi : T. FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree. Understanding Globalization*, London, Harper Collins Pubishers, 1999, p. 31 (traduction libre) : « *La moitié du monde rêve de rationnaliser, de privatiser, de moderniser son économie, comme l'exige la globalisation. L'autre moitié* [...] *reste prisonnière des querelles ancestrales autour de ses oliviers : racines, ancrages, résistances qui fondent les familles, les tribus, les nations, rassurent les individus, légitiment les communautés* ».
473 Comp. *infra* n°261. Notre solution est également une solution de retrait, il s'agit de l'introduction d'une exception d'incompétence (n°409 et s.).

s'agirait concrètement de ne pouvoir considérer comme une « invention » brevetable les savoirs traditionnels de cultures locales. Au-delà, il conviendrait d'adopter un concept de communauté particulièrement large, permettant de garantir l'expression et le droit à l'autodétermination des peuples concernés[474].

Sur le seul fondement de leur caractère traditionnel, les normes de ces communautés seraient donc relevantes, même si elles le seraient sur un autre terrain que celui du droit international privé.

ii) Le constitutionnalisme sociétal pour les pouvoirs privés (G. Teubner)

110. La légitimité se conçoit selon G. Teubner différemment pour les régimes sectoriels ou pouvoirs privés. D'après l'auteur, il convient de repenser l'outil constitutionnel, en l'envisageant comme moyen d'auto-régulation et d'autolimitation des pouvoirs privés[475]. Il s'agirait de venir limiter les « *système[s] socia[ux] a[yant] le loisir de se développer de façon fonctionnelle, sans aucune limitation normative* »[476]. On citera à titre d'exemple les sanctions sportives portant atteinte de manière non justifiée aux droits de la personnalité du sportif, qui relèvent selon les vues du droit étatique, de normes impératives[477]. Il ne s'agit pas, selon l'auteur, de renforcer les constitutions étatiques existantes, mais de s'intéresser à l'auto-constitutionnalisation des secteurs sociaux (ou rationalités sectorielles), en dissociant la constitution de la « sphère juridico-politique ». Il s'agit d'une approche fonctionnelle de la constitution : celle-ci apparait nécessaire dès lors que les secteurs sociaux sont menés, par leur développement normatif et au contact de leur environnement, à réguler leur production normative et à produire des « *dispositions sur l'instauration et l'exercice de la prise de décision (règles procédurales et organisationnelles), définition des libertés individuelles et des autonomies sociétales (droits*

---

474 G. TEUBNER, P. KORTH, *op. cit.*, spéc. p. 48 et s.

475 La théorie de G. TEUBNER se fonde sur les travaux théoriques du sociologue américain D. SCIULLI et la théorie du constitutionnalisme sociétal (*Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992). Cette théorie transposée aux pouvoirs privés a été étoffée par G. TEUBNER et d'autres auteurs. De G. TEUBNER, on mentionnera ici les ouvrages suivants (la liste n'est pas exhaustive) : « The two faces of Janus : rethinking legal pluralism », *Cardozo Law Review*, 1992, vol. 13, p. 1443 ; « Global Bukowina : Legal Pluralism in the World Society », *in* G. Teubner (éd.), *Global Law Without A State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 3 ; « After Privatization ? The Many Autonomies Of Private Law », *Current Legal Problems*, vol. 51, n°1, 1998, p. 393 ; « Fragmented Foundations : Societal Constitutionalism beyond the Nation State », *in* P. Dobner, M. Loughlin (éd.), *The Twilight of Constitutionalism ?,* 2010, p. 327 ; *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, OUP, 2012 ; « Autocontrainte exogène : comment les systèmes sociaux externalisent le paradoxe de leur fondation », *Droit et société*, vol. 95, n°1, 2017, p. 105.
V. aussi avec P. KORTH, « Two kinds of legal pluralism : collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society », *in* M. Young (éd.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 23. Et avec A. FISCHER-LESCANO, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013/1, p. 187.
V. également les travaux d'A. FISCHER-LESCANO, « Die Emergenz der Globalverfassung », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 717 et F. KJAER, « L'idée sociologique de « connectivité » et le droit international privé. Vers une architecture constitutionnelle au-delà de l'État ? », *RCDIP*, 2019, p. 929 ainsi que de J. ELLIS, « Stateless Law : From legitimacy to Validity », *in* H. Dedek, S. Van Praagh (éd.), *Stateless Law, Evolving Boundaries of a Discipline*, Farnham Burlington, Ashgate, 2015, p. 133.

476 G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, préface I. Aubert, Classiques Garnier, 2016, p. 12. A titre d'exemple, et selon les termes de S. C. SYMEONIDES : « *[s]i ces normes étaient uniquement applicables aux litiges entre les groupements ayant élaboré ces normes (négociants en grains et diamants...), il y aurait peu de raisons de s'inquiéter. Cependant, beaucoup de ces normes comme celles préparées par les associations de cartes de crédits sont applicables aux détenteurs d'une carte de crédit qui n'ont aucunement participé à l'élaboration de ces normes. Il n'est pas déraisonnable de penser que lors de l'élaboration de ces normes, les "associations" n'ont pas été excessivement préoccupées par les intérêts de ces derniers* » (« L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye… », *op. cit.*, spéc. p. 833).

477 M. BADDELEY, « Droits de la personnalité et arbitrage : le dilemme des sanctions sportives », *in* P. Gauch *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, Schulthess, 2008, p. 707, spéc. p. 716.

fondamentaux) ». Ces « règles secondaires », selon les termes de l'auteur, seraient des « *mécanismes réflexifs* » témoins de l'interdépendance des différents régimes[478].

En se constitutionnalisant, les régimes privés sectoriels acquerraient une légitimité[479]. A prendre l'exemple de la *lex constructionis*, celle-ci serait amenée à développer son propre « *ius non dispositivum* » comprenant des limitations relatives aux droits de l'homme ou à l'environnement[480].

L'intégration de ces limites serait par ailleurs fortement encouragée par les pressions effectuées par divers acteurs (Etats, organisations non gouvernementales, juridictions internationales…)[481]. Ces pressions extérieures ont parfois été théorisées sous les notions juridiques de « *ius cogens* transnational » au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 ou d'« ordre public transnational »[482] imposé par les arbitres internationaux. La théorie de G. Teubner s'oppose à ces concepts, en ce que les exigences ne seraient pas imposées de l'extérieur de manière uniforme : ce sont les régimes eux-mêmes qui s'autolimitent. Chaque régime intégrerait les exigences « constitutionnelles » des régimes avec lesquels il est amené à entrer en relation (le régime de la construction international intègrerait ainsi les exigences écologiques). Cette conciliation des exigences de régimes distincts serait menée par l'instance judiciaire non étatique saisie et au cas par cas. Il en résulterait un ensemble de normes matérielles hybrides (en ce sens que ces normes intègrent les rationalités d'autres secteurs) au sein du régime dont la juridiction a été saisie[483].

A prendre l'exemple de la *lex sportiva,* il s'agirait de montrer qu'il existe un phénomène de hiérarchisation et de coordination des différentes normes par les instances non étatiques elles-mêmes, et notamment par le TAS. Ainsi, certains auteurs retiennent la formation d'une jurisprudence par le TAS, dans la mesure où celui-ci se réfère quasi-systématiquement dans ses sentences à ses sentences antérieures, la réception de principes de l'Etat de droit et la création de principes normatifs spécifiques (critères de preuve en matière de dopage)[484]. Or, il apparait difficile

---

478 A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013/1, p. 187, spéc. p. 201.

479 Détacher le « droit » de l'action de « gouverner », telle qu'entendue classiquement, comporterait le risque de dissociation entre le « droit » et la « justice », devant entamer toute prétention à légitimité (M. CROCE, « Afterword », *in* S. ROMANO, *The Legal Order*, trad. M. Croce, Abingdon, Routledge, 2017, p. 111, sur la pensée de S. ROBERTS).

480 A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Collisions de régimes… », *op. cit.*, spéc. p. 218.

481 « *The necessary civilization of private law takes place in a dual process of constitutionalisation: internally the self-organisation of global private regimes is accompanied by the phenomenon of hierarchical self-binding, leading to the emergence of a spontaneous constitution, and externally control is exercised in a heterachical multi-level system of mainly procedural public international frameworks, more or less coordinated national legislation, and multi-jurisdictional court supervision* » (G.-P. CALLIESS, « Reflexive Transnational Law », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2002, p. 185, spéc. 206).

482 H.-A. GRIGERA NAON, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationals Privatrecht, Tubingue, Mohr, 1992, p. 65 et s.

483 « *Such substantive norms will mean that, step by step, a kind of mixed law will develop where each regime in good measure incorporates the norms of the* "*foreign*" *regime* ». Attention : la notion d'ordre public transnational de la théorie de G. TEUBNER, revêt un sens different de l'ordre public transnational d'autres theories, puisqu'il s'agit d'un ordre public propre à chaque regime transnational : « *It needs to be stressed that such an 'ordre public transnational' has not yet been formed and there is no neutral third- party forum with its own yardsticks and procedures. The norms of an "ordre public transnational" are simply projections of the conflicting regimes aiming, from their own perspective, at the global public interest*" (*Constitutional Fragments…, op. cit.*, p. 157). Au contraire de l'ordre public international de droit international privé, son rôle n'est pas exceptionnel : il oriente la solution matérielle apportée au conflit interrégime. C'est un élément de *« structuration de l'ordre juridique* » (A. V. M. STRUYCKEN, « La lex mercatoria dans le droit des contrats internationaux », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, journée R. Savatier*, Faculté de droit de Poitiers, 1985, Paris, PUF, 1987, p. 220).

484 C. R. MÖLLER, *Lex sportiva. Zur Verfassung der transnationalen Dopingregulierung*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2022, p. 219 et s.

de retenir par là-même l'existence d'un mouvement interne de constitutionnalisation : ne s'agit-il pas plutôt de l'incidence de contraintes juridiques étatiques (du droit des associations des Etats-sièges des organisations sportives internationales et principalement la Suisse[485], par le juge suisse pour le contrôle des sentences rendues par le TAS[486], par la soumission éventuelle au droit de la concurrence de l'Union européenne[487], etc.) ?

111. Par ailleurs, indépendamment de la question du règlement des conflits interrégimes, pour lesquels les auteurs jugent les méthodes de droit international privé inadéquates[488], on se contentera de mentionner d'une part, qu'en dehors d'ordres normatifs proches du modèle occidental, il est difficile d'observer la réalité de la construction du constitutionnalisme sociétal et qu'il semble peu judicieux de partir du postulat que cette hypothèse doit par principe être admise. D'autre part, dès lors qu'on assiste à un phénomène pouvant éventuellement être considéré comme une « constitutionnalisation » et auquel l'incidence des normes étatiques est décisive, la coordination alors éventuellement envisagée se traduit par des mécanismes qui ne relèvent pas des méthodes conflictuelles du droit international privé[489]. Le droit international privé suppose en effet l'autonomie, ou l'indépendance, de l'ordre avec lequel la coordination est envisagée.

C- L'autonomie ou le degré d'indépendance de l'ordre non étatique étranger

112. L'autonomie est une notion utilisée par les auteurs pluralistes, soulignant l'existence d'autres phénomènes normatifs possédant une individualité propre[490]. En effet, la relevance, tout comme le droit international privé ou la prise en considération, suppose l'existence d'unités distinctes ou autonomes.

113. L'autonomie est supposée absolue lorsqu'il est question d'un Etat étranger. Elle est doublement relative lorsqu'il est question d'ordres non étatiques en droit international privé : parce que le phénomène étatique a prétention au monopole juridique et est universel, les ordres normatifs non étatiques connaissent nécessairement un certain degré d'hétéronomie par rapport aux ordres juridiques étatiques[491]. Par ailleurs, l'appréciation de l'autonomie se pose du point de vue de l'ordre

---

485 « *[il] est indéniable que la nécessaire localisation des organisations sportives internationales sur un territoire national et, partant, leur intégration sous une forme de droit étatique à l'ordre juridique de leur siège emporte un certain nombre de servitudes* » (F. LATTY, *La lex sportiva*, *op. cit.*, p. 461). V. aussi : C. LEGENDRE, *op. cit.*, n°122 et s., p. 110 et s.

486 Art. 190 2 LDIP, en particulier le contrôle à l'ordre public (e).

487 V. par exemple : CJUE, 18 juin 2006, C-519/04, *Meca-Medina* ; CJUE, 21 déc. 2023, C-124/21, *International Skating Union c/ Commission européenne*.

488 Pour une critique de l'inadéquation du droit international privé, v. R. MICHAELS, J. PAULWELYN, « Conflict of norms or conflict of laws : Different techniques in the fragmentation of public international law », 22(3) *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2012, p. 349, spéc. p. 352.

489 C. LEGENDRE, *op. cit.*

490 Formant ce que l'on pourrait nommer avec Gurvitch un « droit social », un « droit autonome de communion » (G. GURVITCH, *La Déclaration des droits sociaux*, Dalloz, [1946] 2009, p. 71). Ce droit est interne aux groupes sociaux, liant les individus à la participation d'une œuvre collective (V. sur le sujet la thèse récente de G. NAVARRO-UGE, *L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source de droit, op. cit.*). La définition de l'autonomie n'est pas aisée. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE exposent trois formes de l'autonomie : celle-ci peut être « sociale », « organique » et « organisationnelle », « *ces critères se trouv[a]nt plus ou moins réunis* » des degrés divers (*Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 188).

491 « *L'ordre juridique sportif est loin d'être totalement autonome — mais cela ne le disqualifie pas — par rapport aux ordres juridiques étatiques* » (P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, n°54, p. 73).

juridique français, quelles que soient les revendications d'autonomie des pouvoirs non étatiques[492]. Il s'agit ainsi de s'interroger sur ce que l'ordre juridique français considère comme étant suffisamment distinct de lui. A ce titre, en raison de la conception de l'Etat français comme unitaire, aucune autonomie ne peut être caractérisée s'agissant des manifestations normatives non étatiques que l'Etat considère comme internes[493].

Ce n'est pas à dire qu'en l'absence de reconnaissance d'autonomie, l'ordre juridique français ne connait pas de mécanismes de prise en compte des normes non étatiques (délégations, incorporations d'exigences de normes non étatiques à certains standards ou notions à contenu variable comme celui de la faute en matière délictuelle[494], prises en considération[495]). La coordination du droit international privé a cependant la particularité de demander un effort de détermination et d'interprétation de la norme étrangère le plus fidèlement possible à la manière dont celle-ci est appliquée à l'étranger (il s'agit là d'une dimension du « *as if* »[496]). L'autonomie doit donc être caractérisée sur le plan normatif.

Une telle vision est incompatible avec une coordination avec des ordres hybrides[497]. En effet, les Etats partagent parfois leur pouvoir normatif avec des entités non étatiques et produisent activement des normes qu'on pourrait qualifier de transnationales[498]. Cela se produit de manière évidente lorsque des représentants étatiques siègent au sein d'entités hybrides. Il en va ainsi en matière sportive au sein de l'Agence mondiale antidopage, qui regroupe représentants étatiques et membres des organisations sportives et produit nombre de normes « *destinées à garantir l'harmonisation de la lutte contre le dopage* »[499].

Par ailleurs, la *lex sportiva* telle qu'appliquée dans les sentences arbitrales rendues par le TAS n'est souvent pas appliquée comme telle et de manière autonome par les arbitres. D'une part, conformément à l'article R58 du Règlement de procédure du TAS en appel, celui-ci applique parfois

---

492 V. à titre d'exemple les revendications d'autonomie de l'ordre sportif (C. LEGENDRE, *op. cit.*, n°104 et s., p. 96 et s.).

493 Pour une argumentation en faveur de l'application des méthodes conflictuelles au pluralisme interne : V. PARISOT, S. SANA-CHAILLE DE NERE, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », *in* E. Cornut et P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 409.

494 Par exemple, l'absence de remise du *guet* pourra être considérée comme une faute délictuelle : TGI Seine, 22 juin 1967, *JDI* 1968, p. 356, note R. DAYANT.

495 V. *supra* n°63 et s. les distinctions entre « *incorporation* », « *deference* » et « *delegation* » de R. MICHAELS (« The Re-*state*-ment of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, 2005 (51), p. 1209).

496 V. *supra* n°44 en note de bas de page.

497 V. notamment sur l'existence d'un ordre juridique hybride européen : F. LARONZE, « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *op. cit.*
On aurait également pu prendre l'exemple de l'« *angrezi sharia* ». V. *infra* n°181.

498 V. plus précisément sur ce point R. MICHAELS, « State Law as a Transnational Legal Order », *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 1, 2016, p. 141.

499 « *Il s'agit principalement du Code mondial antidopage, de standards internationaux sur des aspects techniques – comme la liste des substances interdites ou la protection des données personnelles – mais aussi de lignes directrices et de modèles de bonnes pratiques destinées à aider organisations sportives et États dans l'élaboration de leurs normes antidopage* » (C. LEGENDRE, *op. cit.*, n°545 et s., p. 420 et s.).

du droit étatique (du domicile de l'organisation sportive)[500]. D'autre part, les arbitres ont tendance à lier dans une même sentence règles sportives, droits étatiques, principes « transnationaux » ou de droit international public[501]. Cette harmonisation s'opère par l'intermédiaire de principes communs, connus des droits étatiques, comme la légalité, l'équité, la bonne foi, l'interdiction de l'arbitraire… Comme le souligne F. Latty, le TAS est « *amené à déduire d'une comparaison des différents systèmes juridiques nationaux l'existence de règles de droit positif applicables à l'activité dont il est le juge* »[502]. De manière plus générale, les sentences du TAS ont aussi pour objectif de pouvoir être reconnues au sens de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères de New York de 1958 afin de se voir garantir une efficacité maximale. Pouvant faire l'objet d'un recours en annulation devant les tribunaux étatiques suisses, elle doit donc se conformer aux règles étatiques suisses gouvernant la matière (notamment à l'ordre public international[503]). Il s'ensuit que les décisions françaises de reconnaissance de la sentence rendue par le TAS ne sont pas confrontées à des sentences se fondant uniquement sur des normes non étatiques[504].

Ces normes, confectionnées avec le concours étatique et sous son contrôle[505] ne peuvent être que partiellement soumises aux méthodes de droit international privé : la coordination s'effectue en droit positif uniquement sur le terrain de la reconnaissance des sentences arbitrales ; il n'est pas question, pour le juge français, d'appliquer la *lex sportiva* en tant que telle. Au regard de l'interférence de l'Etat dans la production des normes sportives, une auteure propose de penser la coordination avec le pouvoir sportif par des méthodes de coopération institutionnelle, et non par les méthodes de droit international privé[506].

A prendre un exemple très différent, celui de la coutume néo-calédonienne, on remarquera que pour les « conflits de normes » entre droit commun et coutume néo-calédonienne, l'Etat français prévoit une coordination avec le « statut coutumier » sur le terrain du droit constitutionnel. Si les règles retenues par les articles 7, 9 ou 10 de la loi organique n°99-209 de 1999 ont une physionomie

---

500 Selon l'article R58 du Règlement de la procédure du TAS en appel relatif au droit applicable au fond, « La Formation statue selon les règlements applicables et, subsidiairement, selon les règles de droit choisies par les parties, ou à défaut de choix, selon le droit du pays dans lequel la fédération, association ou autre organisme sportif ayant rendu la décision attaquée a son domicile ou selon les règles de droit que la Formation estime appropriée. Dans ce dernier cas, la décision de la Formation doit être motivée ».

501 CAS 98/200, AEK Athens & S.K. Slavia Prague v. UEFA, 20 août 1999, para. 58. L. CASINI, « The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport », *German Law Journal*, vol. 12(5), 2011, p. 1334.

502 F. LATTY, *La lex sportiva, op. cit.,* p. 308.

503 Pour le contrôle opéré par les juridictions suisses : M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, *op. cit.*, n°1083 et s., spéc. p. 437 et s. ; TF suisse, 29 juin 2017, 4A_600/2016, spéc. § 3.7.3, *JCP* 2020, p. 544, § 6, obs. B. HAFTEL. Relevant toutefois un renforcement de l'exception d'ordre public international en droit suisse : C. LEGENDRE, *op. cit.*, n°307 et s., p. 250 et s.

Le contrôle du juge français sur les violations de l'ordre public par l'arbitre a connu récemment un important durcissement : Civ. 1, 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon* ; Civ. 1, 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec* (J.-B. RACINE, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Rev. arb.* 2022, p. 179 ; C. JARROSSON, « La jurisprudence Belokon-Sorelec, ou l'avènement d'un contrôle illimité des sentences », *Rev. arb.* 2022, p. 1251).

504 V. par exemple : CA Versailles, ch. 01 sect. 01, 20 novembre 2008, n° 08/02408.

505 Rappr. M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* XXIX n° 1, février 2016, p. 215, spéc. p. 220 : « *[t]he* Lex Sportiva *is the product of a complex game of actors including regional and international federations, private actors (sponsors, the media), but also States, which intervene as States, and also through their own national federations or via regional and international federations and private actors (to which they often have very strong ties). These phenomena don't lead to the "death of the State", but rather to its integration in a deep and radically changed legal context that puts their prerogatives into perspectives while, at the same time, offering it new mechanisms of action* ».

506 C. LEGENDRE, *op. cit.*

qui n'apparait pas si étrangère au droit international privé, l'autonomie normative de l'ordre néo-calédonien est niée. La hiérarchie entre droit commun et « statut civil coutumier » est clairement rappelée au premier alinéa de l'article 9 de la loi organique de 1999 relative aux rapports mixtes : « dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique ». Une solution alternative aurait pu être imaginée, telle « *l'application distributive des statuts s'agissant des conditions de formation des actes juridiques* » et « *la soumission des effets de ces actes au statut choisi par les parties* »[507]. Mais telle n'est pas la solution du droit français, rappelant la primauté de la norme étatique sur la norme coutumière. Cette absence d'autonomie normative est renforcée par l'application par les tribunaux civils (toutefois en formation coutumière, soit en présence d'assesseurs coutumiers) des règles coutumières[508].

Les règles de conflits de lois ne sont pas utilisées lorsque, du point de vue de l'Etat français, les normes étrangères ne sont pas considérées comme suffisamment distinctes de lui, ne possèdent pas d'autonomie normative assez caractérisée. La coordination avec de telles normes pourra s'effectuer par d'autres mécanismes, d'ores et déjà mentionnés[509]. La question se pose éventuellement différemment sur le plan des méthodes de reconnaissance[510].

114. L'autonomie, en droit international privé, est normative. Encore faut-il mentionner la diversité des approches de cette notion en doctrine : elle se rapporte tantôt au système de normes détaché de l'ordre juridique (D. Sindrès), tantôt à l'ordre juridique ou la communauté en tant que tel (P. Mayer, H. Muir Watt). Elle se comprend en termes d'éléments exclusivement internes et constitutifs chez P. Mayer (règles, juges, organes de sanction) [511] ou encore intègre une dimension externe, celle des rapports avec les autres ordres juridiques avec lesquels l'ordre normatif est confronté. Selon H. Muir Watt en effet, « *l'autonomie juridique implique tout d'abord que la communauté bénéficiaire choisisse sous quelles normes elle entend organiser ses relations interpersonnelles et quelles situations elle entend régir en cas de relations mixtes ou exogènes. En outre, elle présuppose la possibilité de faire fonctionner un système juridictionnel, ou à tout le moins de règlement des litiges et d'interprétation des principes fondateurs en cas de conflit, et l'accès à un régime de circulation des décisions issus de ce dernier dans les systèmes tiers* »[512]. De manière plus générale, la communauté se caractérise, entre autres, « *par la mise en place d'un système de gestion des rapports entre son ordre normatif et les droits exogènes* »[513].

Si l'autonomie normative est une condition de relevance commune aux auteurs pensant la relevance de normes non étatiques, sa définition varie en fonction de la conception du droit retenue. On observera à ce stade que l'autonomie est nécessairement relative lorsqu'il est question de normes non étatiques et qu'elle est appréciée d'après la perspective de l'ordre juridique français : à ce titre,

---

[507] V. pour la promotion de cette option, qui est celle de l'article 9 al. 2 de la loi organique pour les rapports entre individus relevant de statuts coutumiers différents : S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Les espaces lointains de la République », *in* M. Badel *et alii*, *Mélanges Laborde, Des liens et des droits*, Paris, Dalloz, 2015, p. 203, spéc. p. 211.

[508] Nous reviendrons sur l'importance de l'existence d'une juridiction pour caractériser une autonomie normative suffisante : v. *infra* n°178 et s.

[509] V. *supra* n°63 sur les mécanismes de « *incorporation* », « *deference* » et de « *delegation* ».

[510] V. *infra* n°497 et s.

[511] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, n°6, p. 26.

[512] H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°350, p. 348 et s.

[513] *Ibid.*, n°341, p. 341.

sont écartés tant les normes non étatiques internes que les phénomènes considérés par celui-ci comme hybrides.

115. Plusieurs caractéristiques apparaissent ainsi saillantes lorsqu'il est question de l'accueil des normes non étatiques : le phénomène non étatique est normatif et relativement autonome, effectif et possède une certaine légitimité. Ces critères sont nécessairement relatifs et un traitement satisfaisant de celles-ci récuse l'assimilation pure et simple de normes étatiques et de certaines normes non étatiques et se pense au mieux dans le cadre du pluralisme normatif.

II- L'admission du pluralisme normatif comme cadre de réflexion

116. Admettre le pluralisme normatif comme cadre de réflexion dans la suite de ce travail permet de préserver la spécificité de la norme étatique, seule juridique. En effet, s'il existe d'autres normes, il n'apparait pas judicieux de noyer les normes étatiques au sein d'une catégorie plus large du juridique : la norme étatique est le gage de l'autonomie, l'effectivité et la légitimité nécessaires au droit international privé (A). Cependant, force est de constater que le phénomène étatique est lui-même relatif et qu'il convient donc de réfléchir à une ouverture des méthodes conflictuelles aux normes non étatiques en droit international privé (B). Le pluralisme normatif permet de réaliser un entre-deux, ne niant ni l'importance du référent étatique, ni les limites d'un ethnocentrisme excessif.

A- La norme étatique est le gage de l'autonomie, l'effectivité et la légitimité

117. On reviendra brièvement sur chacun des points susmentionnés, justifiant de préserver une spécificité aux normes étatiques.

La norme étatique est supposée autonome. Cette autonomie se fonde sur le principe de droit international public de l'égalité souveraine des Etats, autonomie formelle[514].

La norme étatique est effective, dans la mesure où elle est susceptible, moyennant différentes opérations, de faire l'objet d'une sanction étatique. Certes, il existe une multitude de sanctions sociales. Cependant, la spécificité de la sanction étatique est à noter : l'exécution forcée, vient rétablir dans les faits la situation qui aurait dû être et peut être qualifiée de « *drastique* »[515]. Comme l'a montré Weber, l'Etat a le pouvoir de coercition, liant la norme étatique de manière indissoluble à la force matérielle. L'Etat a le « monopole de la violence physique légitime » : la puissance de contrainte est inconditionnée et irrésistible[516].

La norme étatique est considérée comme légitime parce que l'Etat a par principe la prétention de réaliser l'intérêt général de la société et de ne pas poursuivre de fins propres[517]. Pour ce faire, l'Etat considère l'individu dans sa globalité, ce qui lui permet d'effectuer des arbitrages entre une multitude d'intérêts (l'intérêt de la mère d'accoucher sous X et de l'enfant de connaître ses origines ;

514 V. les nuances apportées à la définition de l'Etat *infra* n°125 et s.
515 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit*., n°112, p. 123.
516 M. WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon, 1971.
517 J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Préf. C. GRARE-DIDIER, Paris LGDJ, 2011, n°815, p. 328.

les intérêts commerciaux et ceux des consommateurs…). Ces choix reposent sur un récit commun et dépassent des considérations propres à certains intérêts particuliers, prenant parfois la forme de communautés d'intérêts[518]. Evidemment, tel n'est pas toujours le cas ; il reste que la légitimité peut, sur ce fondement, être supposée.

A l'inverse, considérer comme juridiques l'ensemble des normes sociales ne permet pas de penser les garde-fous nécessaires au respect des exigences de légitimité et d'effectivité précédemment évoquées : comment justifier la possibilité de définir l'identité sexuelle au regard de normes sportives[519], ou encore l'application, au même titre que la loi étatique, de la loi mafieuse[520] ?

B- La relativité du phénomène étatique et l'ouverture nécessaire aux normes non étatiques

118. Un rapide tour d'horizon d'ordre descriptif[521] montre qu'en droit privé comparé, le postulat selon lequel le droit étatique serait la norme la plus légitime et effective peut être récusé. Les raisons en sont plurielles, contingentes et historiques ; elles se traduisent par l'existence de divers degrés de sécularisation ou d'unification de l'Etat étranger ; ou encore par l'absence de réalité de son pouvoir (Etats « défaillants »[522]). La diversité des constellations faisant intervenir droit étatique, normes coutumières, religieuses, etc. montre que le droit est vraisemblablement un concept situé (occidental[523]), et qu'il convient de faire une place à d'autres normes qu'étatiques.

Prenons l'exemple du domaine familial : si les droits étatiques occidentaux comprennent des normes relatives aux relations familiales, dans d'autres parties du monde, certaines autorités religieuses ou coutumières conservent un pouvoir normatif important, notamment en raison du fait que les Etats colonisateurs n'ont pas imposé leurs normes en matière de statut personnel et familial, au contraire du domaine commercial[524]. Certaines communautés ethniques ou religieuses sont directement investies par l'Etat étranger du pouvoir de réguler les relations de famille ou à la terre[525]. L'Etat peut parfois, même si la solution est devenue rare[526], ne connaitre aucune régulation étatique alternative pour ces matières, chaque communauté ayant ses propres normes et/ou ses

---

518 *Ibidem*.
519 V. *infra* n°308.
520 V. *infra* n°194, 201.
521 V. not. K. ZWEIGERT, U. DROBNIG (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Brill, online. V. aussi D. LOOSCHELDERS *in* J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB*, IPR/Einl. Zum IPR, 2019, n°261 et s., p. 103 et s.
522 Pour l'Ethiopie, v. K. SEIDEL, « Constitutional Recognition of Islamic Family Law and Shari'a Courts in Ethiopia : Governmental Strategies to Co-regulate the Plural Family Law Arena », *in* N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (éd.), *Legal Pluralism in Muslim Contexts*, Leiden, Brill, 2019, p. 139.
523 B. DUPRET, « Réflexions sur le concept de droit à partir de quelques cas limites », *Droit et société*, 2016/3 (N° 94), p. 645, spéc. p. 659 ; v. également l'ensemble de l'œuvre de G. TEUBNER et la distinction entre les deux types de fragmentation développée *supra* n°109 et s.
524 R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12e éd., 2016, spéc. p. 504 et s. (pour l'Afrique).
525 A. SHACHAR, *Multicultural jurisdictions, Cultural Differences and Women's Rights*, New York, Cambridge University Press, 2001, spéc. p. 78 et s. C'est ce que J. GRIFFITHS nomme la version faible du pluralisme juridique (« What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism*, 1986, vol. 24, p. 1, spéc. p. 8).
526 R. HAUSMANN, commentaire de l'article 4 EGBGB, *in* J. von Staudinger *et alii* (éd.), *Kommentar zum BGB, EGBGB/IPR Art. 3, 3a, 4 ; Anh zu Art. 4*, Otto Schmidt, de Gruyter, Berlin, 2019, n°436, p. 280.

propres juridictions[527], non nécessairement uniformes à l'échelle étatique[528], ou intervenir *a minima*, venant prohiber certaines pratiques[529]. Par exemple, en Arabie Saoudite, l'Etat renvoie à la *charia* tout en considérant qu'il s'agit de droit non étatique[530]. Indépendamment de toute reconnaissance étatique, certains Etats connaissent un pluralisme non officiel. Tel est le cas au Pakistan, qui, malgré la reconnaissance par l'Etat d'un certain pluralisme (et en réaction à une tentative de réforme du droit de la famille), voit une partie de sa population se conformer à des normes religieuses musulmanes traditionnelles (mariage entre mineurs, polygamie…) ou à des normes hybrides, mêlant droit national, religieux et coutumier[531]. Ces pratiques informelles sont parfois tolérées par les institutions étatiques[532].

Le pluralisme n'est pas inconnu des droits étatiques occidentaux ; mais hormis l'hypothèse du fédéralisme d'ordre territorial (Etats-Unis par exemple), il reste exceptionnel et se manifeste bien souvent à l'égard des droits des peuples autochtones, que ce soit aux Etats-Unis[533], au Canada, en Australie ou en Nouvelle-Zélande. Les coutumes de ces peuples ne sont pas directement appliquées

---

527 Historiquement, il s'agirait du système du millet ottoman ou du modèle colonial anglais en Afrique ou en Asie (« *practice of « indirect rule »* » ; les litiges en droit de la famille relèvent généralement de la compétence des communautés religieuses et coutumières). Certains des anciens Etats colonisés par l'Empire britannique maintiennent aujourd'hui ce système pluraliste (Kenya, Israël, Inde). Ainsi, « *Kenya, like other African nations colonized by the British, maintains a system of customary law as well as separate statutes regulating Christian, Muslim, and Hindu marriages and divorces* » (A. SHACHAR, *op. cit.*). V. plus précisément l'ensemble des ordres religieux ou coutumiers (chrétien, hindou, musulman, coutumier) auxquels le *Marriage Act* de 2014 renvoie (http://kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=No.%204%20of%2020 14#part_I, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).
V. le cas du Liban : « L'adoption du mariage civil (*zawāj madanī*) et d'un code civil du statut personnel (*al-qānūn al-madanī lil-aḥwāl al-chakhṣiyya*) constitue un véritable serpent de mer des projets de sécularisation du droit familial depuis au moins la formation de l'État libanais, en 1926. Ceci continue en effet à inféoder le mariage et le domaine familial aux juridictions religieuses (dix-huit communautés religieuses et quinze différents codes de la famille sont officiellement reconnus au Liban) » (M. DE GIACOMETTI, « Le Liban au temps de l'"amour civil" », *Ethnologie française*, 2021/2 (Vol. 51), p. 267). V. pour une approche juridique : V. HEUZE, « Les rapports entre les communautés libanaises et le droit international privé », *Revue de droit public,* janv. 2023 (n°1), p. 16 ; parmi les nombreux écrits de P. GANNAGE, v. « Droit intercommunautaire et droit international privé », *Clunet* 1983, p. 479 ; « Le pluralisme des statuts personnels au Liban. Son régime. Ses limites » *in* P. Gannagé (dir.), *Au fil du temps*, Beyrouth, Presses de l'Université de Saint-Joseph, 2013, p. 203 et s.

528 A. L. ESTIN, « Embracing Tradition : Pluralism in American Family Law », 63 *Modern Law Review*, 2004, p. 540, spéc. p. 549 et s. : « *[w]ithin a single legal and religious tradition, there may be substantial variations in religious or customary family law. In Islamic law, these variations trace to different schools of Islamic jurisprudence, and to different codifications of the tradition in different jurisdictions. Hindu family law in India is not the same as the Hindu law applied in parts of Africa. African customary law may have many different variations within a single nation, corresponding with different tribal and cultural groups* ».

529 V. par exemple en Indonésie, où les normes non étatiques, très générales (loi sur le mariage Nr 1/1974), renvoient aux droits des différentes communautés religieuses (art. 2 al. 1). Comme le souligne R. HAUSMANN, il convient alors de distinguer entre l'origine indonésienne, européenne ou asiatique des individus, ainsi que pour les individus indonésiens, entre confession chrétienne, musulmane et soumission au droit coutumier (Adat) (*in* J. von Staudinger, *Kommentar zum BGB*, EGBGB/IPR, 2019, n°435, p. 279).

530 V. les travaux de D. KRELL, notamment sur l'institution du divorce et la question de l'évolution des préceptes religieux en dehors de toute intervention étatique directe, Institut Max Planck de Hambourg, dont un aperçu est disponible en ligne : https://www.mpipriv.de/1393305/20210922-latest-thinking-dominik-krell?c=1087972, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

531 I. YILMAZ, « Nation Building, Islamic Law and Unofficial Legal Pluralism : the Cases of Turkey and Pakistan », *in* N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (éd.), *Legal Pluralism in Muslim Contexts,* Leiden, Brill, 2019, p. 109, spéc. p. 115 : *« [a]ccording to the Pakistan Demographic and Health Survey conducted in 2006-2007, over one-third of ever-married women in Pakistan entered intomarriage before their 18th, and around 12 to 13 percent before their 15th birthday ».*

532 « *For example, Turkish courts do not recognise unregistered marriages as valid, but in some cases, they have held that women in unregistered wedlock enjoy insurance claims after the death of their (informal) husbands* » (*ibid.*, p. 129).

533 Ainsi, les Etats-Unis ont édifié des programmes spécifiques tribaux de pension alimentaire pour enfants, visant à respecter les exigences tribales en matière de droit de la famille, https://www.acf.hhs.gov/css/child-support-professionals/tribal-agencies (consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

par les juridictions étatiques et l'existence de *Sharia Councils* au Royaume-Uni est une des ouvertures à notre connaissance la plus poussée à l'endroit des normes non étatiques[534]. Témoigne de la difficulté de concevoir le pluralisme vis-à-vis de normes religieuses l'échec du projet d'introduire au Canada l'institution juridique de l'arbitrage religieux[535]. Le droit reste conçu comme fondamentalement unifié, l'ensemble des individus étant soumis aux mêmes normes étatiques de droit de la famille, peu importe leur appartenance à des communautés religieuses, culturelles ou ethniques.

119. La conception du rôle du droit étatique dans le domaine familial est donc extrêmement variée et l'importance des normes non étatiques peut être plus grande à l'étranger, lorsque le phénomène juridique ne se comprend pas de manière unifiée ou autonome. Le phénomène juridique étranger ne répond pas nécessairement à la conception occidentale du droit mais est « *contingent et chargé historiquement* »[536]. Retenir une telle approche, plus en phase avec la réalité sociale[537], revient à considérer le droit comme une construction culturelle, dépourvue de toute nature essentielle et universelle[538].

Tout particulièrement, on refusera de partir du postulat de Pospisil, selon lequel la régulation juridique d'une société globale obéit toujours à la force d'attraction d'un centre de pouvoir plus ou moins influent, l'Etat[539]. Cette dynamique, si elle semble pouvoir s'observer dans les sociétés occidentales, ne peut être considérée comme universelle et on pourrait notamment soutenir, avec N. Rouland, que « *[d]ans les sociétés traditionnelles [la cohérence de la société globale] tient plutôt à l'équilibre existant entre groupes complémentaires* »[540].

120. Pour ces raisons, il parait difficile de maintenir le principe de l'application systématique du droit étatique étranger au regard de l'effectivité ou de la légitimité de celui-ci. Certes, la question du choix entre droit étatique étranger et norme non étatique est moins pertinente lorsque l'Etat étranger renvoie à d'autres normes. Mais au regard de la diversité des constellations pluralistes mentionnée, le postulat de l'application du droit étatique étranger mérite d'être questionné. Pour ce faire, une représentation en termes de pluralisme normatif apparait plus convaincante.

---

534 La Grande-Bretagne a conçu des institutions hybrides, les *sharia councils*, pensées comme des cours d'arbitrage entre particuliers, dont le « compromis » trouvé dans le domaine délimité par l'Etat des contentieux personnels mineurs ne peut être remis en cause que devant les juridictions « officielles » anglaises. De la création de ces institutions particulières naissent des normes propres, identifiées sous le terme de l'*Angrezi sharia* (*angrezi* signifiant « anglais » en ourdou). V. sur le sujet B. CHELINI-PONT, « L'expérience des cours islamiques en Grande-Bretagne », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 8, 2015-2016, p. 171 ; S. SARDAR ALI, *Modern Challenges to Islamic Law*, *op. cit.,* p. 206.

535 V. pour une analyse : J. NICHOLS, « Religion, Family Law, and Competing Norms », *op. cit.*, spéc. p. 205.

536 B. DUPRET, « Réflexions sur le concept de droit à partir de quelques cas limites », *Droit et société*, 2016/3 (N° 94), p. 645, spéc. p. 659.

537 Qui est un critère de pertinence d'une construction théorique (D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Univ. Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, polycop., spéc. n°411 et s., p. 514 et s.).

538 Ce qui ne nie pas « *que l'idéal du droit dans une communauté donnée peut effectivement avoir une nature essentielle pouvant être identifiée analytiquement* » (B. TAMANAHA, « An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law », *op. cit.*, spéc. n°139).

539 *Contra* : J. GRIFFITHS, *op. cit.*

540 N. ROULAND, v°Pluralisme juridique (Théorie anthropologique), *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*

La dénomination de pluralisme normatif a été établie par Carbonnier[541]. Selon l'éminent auteur, des normes non juridiques régulent les rapports sociaux, et sont en rapport de complémentarité ou de concurrence avec les normes juridiques[542]. Cette conception s'oppose au pluralisme juridique, ce qui permet de conserver la particularité de la norme étatique tout en pensant celle de la norme non étatique, pouvant éventuellement s'exprimer sur deux plans : celui des conditions d'admission de la norme non étatique et celui de son régime, éventuellement différent de celui de la norme étatique. Une telle conception permet également de penser le rapport entre norme étatique et non étatique. Enfin, si le pluralisme normatif est retenu et non le monisme, c'est parce que ce cadre théorique permet de concevoir que, dans certains cas, une norme non étatique puisse être appliquée au même titre qu'une norme étatique. Et ce, non uniquement pour des raisons d'opportunité.

121. Conclusion de la section. En croisant les définitions du phénomène non étatique pensées en droit international privé par différents auteurs, les enjeux principaux de l'accueil de normes non étatiques ont été mis en lumière. Ces enjeux sont spécifiques au droit international privé, matière à partir de laquelle il s'agit de penser l'accueil de normes non étatiques, ce dernier ne pouvant être réfléchi au regard de l'alternative conceptuelle entre monisme et pluralisme juridique. Si des conditions usuelles doivent être observées (la norme non étatique doit pouvoir être utilisée comme base de déduction pour la résolution du litige concret par le juge français, elle doit être considérée comme autonome…), ces conditions doivent nécessairement être précisées lorsqu'il s'agit d'accueillir des normes non étatiques.

Enfin, l'enjeu principal est celui de l'équilibre entre effectivité et légitimité de la norme non étatique. Cet enjeu n'a rien d'évident et est mêlé à des considérations éthiques ou politiques : il s'agit d'assurer le respect de valeurs libérales minimales ainsi que de garantir la poursuite d'une vision collective du bien, peu important que celle-ci soit différente de celle du for.

Seul le pluralisme normatif permet de répondre au mieux à ces enjeux, car il permet de penser la différence entre normes juridiques et normes non juridiques, sur le terrain des conditions de relevance des normes non étatiques, ou du régime de celles-ci. Si le relativisme qui inspire le droit international privé invite à considérer les normes non étatiques au regard de la diversité du phénomène étatique étranger, il reste que la norme étatique est le gage premier d'effectivité et de légitimité. A ce titre, le pluralisme normatif semble un cadre de réflexion prometteur pour penser la relevance des normes non étatiques.

122. Conclusion du chapitre. L'accueil des normes non étatiques se pense de manière *a priori* satisfaisante en opérant un choix entre les théories moniste et pluraliste du droit. Or, confrontées à l'accueil de normes non étatiques, les deux théories s'avèrent rencontrer impasses et difficultés insurmontables. Le pluralisme juridique est décevant, se heurtant à la difficulté connue de définition de l'objet juridique, définition pourtant nécessaire à une approche normative. Le monisme ne permet pas d'envisager les difficultés d'articulation entre normes non étatiques et étatiques

---

[541] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004, p. 315 ; pour des travaux récents : E. BERNHEIM, « Le "pluralisme normatif" : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/2 (volume 67), p. 1 ; B. DUPRET, « Réflexions sur le concept de droit à partir de quelques cas limites », *op. cit.*

[542] J. CARBONNIER, *op. et loc. cit.*,

étrangères. La réflexion sur l'accueil des normes non étatiques doit être menée au regard du contexte plus spécifique du droit international privé et s'inscrit dans l'approche du pluralisme normatif. A la différence du pluralisme juridique, le pluralisme normatif propose un traitement différencié de la norme non étatique, permettant de préserver la primauté ou la spécificité de la norme étatique. Cette dernière répond en effet par principe aux enjeux du droit international privé : son effectivité et sa légitimité fondent les prévisions légitimes des parties et il n'y a aucun doute, lorsqu'elle est étrangère, sur son autonomie par rapport à l'ordre juridique français, déclenchant ce qui fait le cœur de la matière dans son volet technique : la recherche d'une application fidèle de la norme étrangère.

Le cadre de réflexion ainsi posé et les enjeux principaux dégagés, il convient de réfléchir aux premiers éléments de définition de la norme non étatique.

Chapitre 2 : Les conséquences générales de l'approche fonctionnelle : premiers éléments de définition de la norme non étatique

123. Le choix d'une approche dépassant la distinction entre monisme et pluralisme rend possible la prise en compte de la spécificité de la norme étatique, permettant au mieux de satisfaire les objectifs du droit international privé. En mettant en lumière les enjeux de l'accueil de normes non étatiques, certaines conditions, formulées de manière générale, ont été dégagées : la norme non étatique véhicule un devoir de conduite permettant la résolution du litige par le juge français et est autonome, effective et légitime. Ces conditions, hors du paradigme étatique, peuvent être relatives et nécessitent, dans une perspective normative, d'être précisées.

Avant de se pencher plus en profondeur sur la question de la définition de la norme non étatique, il apparait nécessaire de s'interroger sur la définition de l'Etat en droit international privé, les deux définitions étant interdépendantes. Les enjeux relatifs à la problématique des Etats non reconnus (comme tels en droit international public), ayant notamment trait aux situations d'annexion, d'occupation ou de déclarations d'indépendance, sont en effet à distinguer, en droit international privé, de ceux ayant trait à la relevance de normes non étatiques.

C'est bien le même souci d'effectivité de la norme étrangère qui invite à prendre en compte tant la norme d'un Etat non reconnu que celle d'un ordre non étatique. S'il s'agit d'une notion-clé du droit international privé, elle ne peut s'apprécier dans les mêmes termes en présence de prétentions étatiques concurrentes ou de prétentions étatiques et non étatiques, ni avoir la même portée.

Un point important doit être souligné : les réflexions qui suivent se concentrent principalement sur les exigences d'effectivité et d'autonomie de la norme ou de l'ordre étatique, comme non étatique. La légitimité ne sera abordée qu'incidemment. Au-delà des éléments d'ordre général déjà présentés, le choix de ne pas traiter frontalement de cette notion repose sur l'idée que celle-ci doit être pensée au regard des objectifs particuliers du droit international privé en matière personnelle et familiale et sera ainsi construite au fur et à mesure de ce travail.

Après avoir défini de manière autonome l'Etat en droit international privé (section 1), il parait possible d'apporter les premiers éléments de définition de la norme non étatique (section 2). Une distinction claire des deux concepts permettra d'éviter l'écueil de l'élaboration de critères de relevance pensés uniquement au regard et à partir du phénomène étatique. Le non-étatique est en effet précisément caractérisé par son absence de vocation/revendication étatique, par sa nature radicalement différente.

125. Réfléchir à une définition autonome de l'Etat en droit international privé s'intègre nécessairement dans une conception privatiste de la matière (le conflit de lois n'est pas perçu comme un conflit de souverainetés, soit comme venant départager les compétences législatives des Etats[543]). Malgré le fait que cette conception est aujourd'hui majoritaire, l'Etat en droit international privé est unanimement compris comme un Etat au sens du droit international public, soit « *comme une collectivité qui se compose d'un territoire et d'une population soumis à un pouvoir politique organisé* »[544]. La population est assez souplement caractérisée : elle doit pouvoir être déterminée, et son identification, du moins lors de la formation de l'Etat, « *confirmée par sa localisation dans un espace* »[545]. Quant au territoire, ses contours doivent être suffisamment précis. Enfin, le pouvoir doit être effectif à l'égard de la population et indépendant vis-à-vis des autorités extérieures[546].

Une telle définition n'est pas simplement ou entièrement à rejeter ; seulement, au regard de l'ambiguïté de la notion d'Etat[547], elle mérite d'être précisée afin de proposer un concept de l'Etat permettant de résoudre certaines difficultés, rencontrées sur le terrain de son identification pour les besoins du droit international privé.

Après avoir mis en évidence les caractéristiques de l'Etat nécessaires à la mise en œuvre des méthodes de droit international privé (I), l'importance accordée à l'effectivité concrète de son pouvoir précisera sa définition en droit international privé, venant déplacer les frontières de la distinction entre conflits internes et conflits internationaux (II).

I- La diversité des justifications du cadre de référence étatique pour le fonctionnement des méthodes de droit international privé

126. Depuis l'abandon d'une représentation du droit international privé en termes de conflit de souverainetés, les auteurs insistent davantage sur la dimension normative de la coordination[548], au

---

543 « *Par son objet, le droit international privé nous apparaît comme l'ensemble des règles destinées à concilier, en fixant les justes limites de chacune d'elles, les différentes souverainetés, dans leur double fonction législative et juridictionnelle de droit privé* » (E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1930, vol. 1, §55, p. 112). V. sur le sujet : A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP* 1949, p. 615 ; 1950, p. 11 et récemment P. DE VAREILLES-SOMMIERES, pour lequel le droit international privé « *peut et doit, malgré son origine interne, être considéré comme un droit de la compétence de l'Etat relativement à son activité juridictionnelle et législative* » (L*a compétence normative de l'Etat en matière de droit privé – droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997, spéc. n°164, en italique dans le texte). Cette conception est toutefois majoritairement abandonnée. Comme le souligne P. MAYER, la question de la nature du conflit et celle des intérêts à la solution du conflit sont deux questions indépendantes (« L'Etat et le droit international privé », *Droits*, 1992, T. 16, p. 33) : dans notre hypothèse, il est possible de considérer que le conflit de lois n'est pas par nature étatique et pour autant considérer qu'il existe des intérêts étatiques à la solution du conflit. La question des intérêts de l'Etat à la solution du conflit peut, à ce stade, être laissée de côté.

544 Commission d'arbitrage pour la paix en Yougoslavie, 1er avis du 29 novembre 1991.

545 F. POIRAT, v°Etat, *in* D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 6ème éd., 2019.

546 *Ibid.*

547 O. BEAUD, « La notion d'Etat », *APD*, Vol. 35, 1990, p. 119 ; et particulièrement en droit international privé : P. MAYER, « L'Etat et le droit international privé », *Droits*, 1992, T. 16, p. 33.

548 V. déjà *supra* n°94.

point de mettre en avant l'« *effacement possible de la notion d'ordre juridique étatique* »[549] sur le plan de la nature du conflit de lois. En témoignent l'utilisation du terme d'ordre juridique ou de système de droit à la place de celui d'Etat dans les manuels[550] ou encore l'idée que « *[c]e qui caractérise en définitive le conflit de lois est donc la pluralité de règles, émanant d'auteurs différents, qui ont vocation à régir une situation donnée, et entre lesquelles un choix est nécessaire* »[551]. Cependant, si l'accent est porté sur la norme, le paradigme étatique reste sous-entendu[552].

Isoler les justifications de la référence au moins implicite à l'Etat permet à la fois de montrer la nécessité de son maintien ainsi que de réfléchir à une autonomisation de la notion en droit international privé. Alors que le raisonnement bilatéraliste suppose nécessairement un Etat pour le fonctionnement de ses méthodes (A), les méthodes unilatéralistes (de conflit de lois ou de reconnaissance) peuvent *a priori* prévoir plus souplement une coordination avec d'autres normes qu'étatiques (B).

A- La nécessité de l'Etat dans le raisonnement bilatéraliste

127. Quand bien même l'Etat ne participerait pas de la nature du conflit de lois, il reste qu'il est fondamentalement au cœur de la méthode bilatérale. Si sa qualité d'unité universelle ne résiste pas à la critique (1), sa nécessité découle davantage de l'opération de localisation du rapport de droit (2).

1) L'Etat comme unité universelle

128. Que l'Etat soit la forme de gouvernement la plus répandue à travers le monde ne fait aucun doute. Il convient cependant de dépasser cette approche formelle. En effet, raisonner à partir du rapport de droit, localisé de manière abstraite au regard d'un critère unique, suppose que la loi désignée puisse substantiellement régir la relation litigieuse. Or, cette condition ne serait remplie qu'en présence d'un ordre juridique étatique. En effet : « *[t]ous les ordres juridiques étatiques règlent les mêmes problèmes, qui sont ceux des sociétés humaines.* "*Dans les cinq parties du monde*", *observent Henri Batiffol et Paul Lagarde,* "*les hommes se marient, possèdent des biens, échangent des services, meurent*" »[553]. L'ensemble des ordres juridiques étatiques, peu importe leur éventuelle inspiration religieuse, participerait ainsi d'une même communauté de droit, conçue au sens large (et non au sens savignien, tel qu'il est

[549] P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 37.
[550] V. à titre d'exemple : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé…*, Tome I, n°334, p. 414 ; P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12ème éd., 2019, n°5, p. 27 ; P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 11ème éd., 2023, n°136, p. 106. Il s'agit cependant principalement d'insister sur la dimension normative de l'ordre juridique étatique et non sur l'absence de pertinence de l'Etat.
[551] P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 38. Et l'auteur de poursuivre : « *L'Etat ne joue d'autre rôle que celui d'auteur des règles qui résoudront le litige – ce qu'il est également dans le plus banal litige interne de droit privé. Il n'est pas, même sous sa forme d'ordre juridique, partie prenante au conflit* » (nous soulignons). *Idem* : V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, Paris, IRJS éditions, 2013.
[552] A l'exception notable de la thèse de D. SINDRES, qui limite cependant et nécessairement son analyse au domaine de l'autonomie de la volonté et aux Principes Unidroit, v. pour des précisions *supra* n°102 et s.
[553] P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, n°43, p. 63, incluant la citation de H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, T. I, 8ème éd., 1993, n°297, p. 488.

classiquement retenu[554])[555]. Ces ordres répondraient à la même fonction, celle de réguler l'ensemble des rapports humains[556].

Ce point nous parait difficilement discutable ; on peut cependant fortement douter que les Etats soient les seuls ordres ayant prétention à régir l'ensemble des activités humaines[557]. A prendre l'exemple des normes religieuses, on observera avec J. Déprez qu'« *en tant qu'il gouverne la cité des hommes, le droit musulman a toujours eu aussi un visage profane, parce qu'il apporte des réponses aux problèmes sociaux, moraux, etc. de la société terrestre* »[558]. A mettre en avant la prétention à régir les activités humaines, il est éventuellement possible de rechercher dans l'ordre juridique (ou la communauté) l'égalité fonctionnelle nécessaire à la méthode bilatérale. Il suffit à ce titre que celui-ci soit une communauté culturelle au sens précédemment défini en raison de la vocation exhaustive de celle-ci[559]. Reste qu'en présence d'une grande variété de communautés culturelles et de la difficulté de leur désignation, le recours à l'unité formelle qu'est l'Etat comporte des avantages pratiques indéniables. C'est davantage sur le terrain de la localisation que l'Etat apparait nécessaire à la méthode bilatérale.

2) L'Etat comme concept permettant le passage d'une localisation matérielle à une localisation juridique

129. Les éléments de rattachement de la règle de conflit bilatérale, personnels ou territoriaux, ne peuvent être compris comme désignant une norme autre qu'étatique (a). Les alternatives concevables proposant d'écarter les éléments de rattachement traditionnels se révèlent insatisfaisantes (b). La désignation de normes non étatiques est uniquement envisageable par le biais d'un rattachement en plusieurs temps (c).

a) Les éléments de rattachement désignent nécessairement une norme étatique

130. La mise en œuvre de la règle bilatérale de conflit de lois suppose que l'élément de rattachement (par exemple le lieu de survenance du dommage) mène à la désignation d'un ordre juridique ou système normatif unique. Il s'agit classiquement de l'Etat : tant les critères personnels que spatiaux répondent aux critères étatiques (population, territoire)[560]. L'Etat est la notion-clé qui

---

554 Pour une approche plus souple de la communauté de droit savignienne : P. MAYER, *ibid*., n°43, p. 62. Sur le sujet : L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013, p. 235, spéc. n°95 et s., p. 310 et s. ; M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Paris, Ed. Karthala, 1994, spéc. p. 35 et s.

555 P. MAYER, *ibid*., n°43, p. 63.

556 Il s'agit bien d'une certaine complétude de l'ordre juridique, non fondée uniquement sur celle de l'ensemble normatif. V. *supra* n°74.

557 V. *supra* n°118 et s.

558 J. DEPREZ, « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Revue de droit canonique*, 45, 1995, p. 7, spéc. p. 25.

559 V. *infra* n°107 et s.

560 R. MICHAELS, J. PAULWELYN, « Conflict of norms or conflict of laws: Different techniques in the fragmentation of public international law », 22(3) *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2012, p. 361. Les auteurs ajoutent la méthode des *governmental interests* répondant à l'élément de définition du gouvernement.
L'adoption de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent de P. PICONE (« La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. 197, p. 219 ; « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, vol. 276, p. 1) pourrait permettre de dépasser la nécessaire désignation d'une norme étatique, dans la mesure où elle suppose une « localisation » concrète. Celle-ci pourrait éventuellement mener à la désignation d'un « ordre compétent » non étatique. On ne s'attardera cependant pas sur cette méthode, ayant connu une certaine réception à l'étranger, parce qu'elle suppose de manière fort critiquable qu'il soit possible de distinguer entre les situations « *principalement étrangères à l'ordre du for* » et « *situations*

permet de relier un lieu ou une personne à un système normatif. Ce lien est rendu possible par la combinaison de deux éléments de définition de l'Etat : le territoire (ou alternativement la nationalité) ainsi que la vocation exclusive du pouvoir normatif. L'exclusivité de l'Etat comme ordre ou système juridique étant supposée au regard d'un territoire et d'une population donnée, il est alors possible de déterminer la loi unique gouvernant le rapport litigieux.

131. Ce passage entre la localisation matérielle du rapport de droit et le rattachement à un ensemble normatif est possible grâce à l'ambiguïté fondamentale de l'Etat. L'Etat est en effet à la fois un phénomène historique et social de régulation des comportements ainsi qu'une institution juridique[561], à la fois une chose et un concept[562].

Selon J.-L. Elhoueiss, « *[l]e passage d'une localisation matérielle à une localisation juridique n'est possible que par le biais d'une construction intellectuelle empruntée au droit public* »[563]. Pour l'auteur, cette construction intellectuelle est l'Etat, « *construction juridique qui symbolise le pouvoir, se matérialise dans le territoire qui lui sert d'assise et qui détermine les limites géographiques de son autorité* »[564]. Les éléments de rattachement seraient inévitablement liés à la souveraineté étatique, dans son volet interne[565]. Le recours à la notion de souveraineté n'est cependant nullement nécessaire et ce concept, non clairement défini[566], semble soulever plus de difficultés qu'il n'en résout lorsqu'il s'agit de penser la coordination avec des normes non étatiques.

On peut douter du caractère nécessairement étatique de cette construction intellectuelle : les concepts d'ordre juridique ou de communauté, lorsqu'ils sont compris comme ayant un substrat sociologique et se traduisent par la mise en place d'organes réels, peuvent recevoir une acception à la fois juridique et matérielle, permettant le passage d'une localisation matérielle à une localisation normative. Les rattachements territoriaux et personnels devraient alors être remplacés. Aucune alternative n'apparait cependant satisfaisante.

---

qui intéressent au contraire de près l'ordre du for » en dehors de tout critère posé en amont et alors que le juge du for se considère compétent (les termes cités sont empruntés à B. ANCEL traduisant P. Picone dans son « Compte rendu de l'article de P. Picone : *ordinamento competente e diritto internazionale privato* », *RCDIP* 1988, p. 193). On le verra, le jeu entre compétence et conflit de lois permet en réalité une définition bien plus fine et nuancée de ce qui « intéresse » le for.

561 F. POIRAT, v°Etat, *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

562 Selon O. BEAUD, l'Etat « *peut être perçu soit comme le titulaire effectif du pouvoir, soit comme le support abstrait du pouvoir* » (*op. cit.*, spéc. p. 123).
Le concept d'Etat est en lien étroit avec les positions idéologiques défendues. Comme le souligne Ehrlich, *« [s]'il y a quelque enseignement à tirer [de ce rapide résumé] de l'histoire du droit international privé, c'est la constatation que chaque époque a eu le droit international privé qui répondait aux conceptions alors régnantes sur la nature de l'Etat et sur la nature de son droit »* (E. EHRLICH, « Les tendances actuelles de droit international privé », *Revue de droit international privé*, 1908, n°4, p. 915 ; v. aussi : Ph. FRANCESCAKIS, « Le droit international privé dans le monde post-colonial. Le cas de l'Afrique noire », *JDI,* 1973, p. 46, spéc. p. 46 et s.). Ainsi, pour Savigny, l'Etat est la forme moderne du *Volk*, ensemble culturellement homogène sur un territoire particulier (puisque pour l'auteur, les individus sont libres de choisir leur domicile – cette justification est qualifiée de « *tour de passe-passe* » par J.-L. HALPERIN (*Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, p. 63).
V. *infra* n°279 et s. pour la place de la culture en droit international privé de la famille. Cette conception de l'Etat a évidemment une incidence sur la méthode qu'il propose : il s'agit de « localiser » le rapport de droit à l'aide de critères territoriaux.

563 J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse, vol. 1, Paris, 2000, n°9, p. 8 et s.

564 *Idem*. Nous soulignons.

565 *Ibid*., spéc. n°523, p. 322 ; n°650, p. 419.

566 Dénonçant « la survivance abstraite d'une notion qui n'a jamais été clairement définie », cependant en droit international public : J. MORELLET, « Le principe de souveraineté de l'Etat en droit international public », *Revue de droit international public*, 1926, p. 104, spéc. p. 109 et s.

En effet, on ne saurait en aucun cas se satisfaire d'une désignation purement « spatiale » : à un lieu géographique donné peut répondre une pluralité normative (éventuellement juridique). A titre d'exemple, dans certaines régions marocaines sont « vécues » tant des coutumes locales, des normes religieuses que des normes étatiques, en fonction d'appartenances différentes et parfois simultanées, personnelles et territoriales[567]. Il en va de même dès lors que l'origine remplace la nationalité : comment, par exemple, choisir entre l'appartenance à une ethnie et celle à une religion ?

Ainsi, soutenir qu'il est possible, relativement à la problématique des conflits internes, de « localiser directement » le rapport de droit dans un ordre juridique non étatique nécessite en réalité que celui-ci connaisse, pour les besoins de la règle de conflit de lois (soit dans le domaine contractuel, ou familial…), une vocation normative exclusive sur un territoire donné et au regard d'une certaine population[568].

Les notions de territoire et de nationalité sont donc nécessaires à la localisation bilatérale. Intimement liées à l'Etat et à la prétention à l'exclusivité de son pouvoir normatif, elles mènent en effet à la désignation d'une loi unique pour la résolution du litige.

b) L'insuffisance des rattachements alternatifs (principe d'autonomie, proximité)

132. Le premier rattachement alternatif pouvant être proposé est celui du principe d'autonomie, qui connait en droit positif un succès non discutable[569]. C'est d'ailleurs par le biais du principe d'autonomie que D. Sindrès propose une désignation des Principes Unidroit comme *lex contractus*[570]. Cette solution n'est cependant pas retenue en droit positif, et l'impossibilité de désigner des normes non étatiques a pu être réaffirmée notamment lors de l'adoption du règlement Rome I[571] ; tant les Principes Unidroit que les normes religieuses ne peuvent être choisies par les parties[572]. On remarquera que le règlement Rome III, dans son article 14 c), permet que le principe d'autonomie désigne, mais uniquement pour résoudre le conflit interne de lois (et ce alors même que l'Etat

---

567 M. EL QADERY, « Azerf et le mythe de la "justice coutumière berbère" : Réflexions sur le droit au Maroc » (http://www.mondeberbere.com/azerf-mythe.html, consulté pour la dernière fois le 31/08/2021) ; S. CHAKER, « Survivance et renouveau du droit coutumier en milieu berbère (Kabylie) », *in* M. Flory, J.-R. Henry (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Ed. du CNRS, 1989, p. 351 et s ; L. BUSKENS, « Sharia and National Law in Morocco », *in* J. M. Otto (éd.), *Sharia Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, 2010, p. 131.

568 V. la définition de l'Etat retenue *infra* n°154 et s. La même critique vaut à l'égard de la proposition de V. PARISOT, de distinguer entre la règle directement localisatrice d'intérêts et celle non directement localisatrice d'intérêts (thèse). V. plus précisément *infra* n°136.

569 H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 255.

570 D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, Préf. H. MUIR WATT, Paris, LGDJ, 2008.

571 C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II – L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP (2006-2008)*, Pedone, Droit international privé, 2009, p. 187, spéc. p. 190 et s. La question du choix d'un droit non étatique semble s'être posée en réaction à la rédaction d'un droit substantiel européen. V. R. MICHAELS, « Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts », *in* K. Purnhagen, P. Rott (éd.), *Varieties Of European Economic Law And Regulation : Liber Amicorum For Hans Micklitz*, 2014, p. 43, spéc. p. 50.

572 V. G. PILLET, O. BOSKOVIC, « Rome I, Choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a », *in* S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 173, spéc. n°25, p. 197. Pour les Principes Unidroit, v. Com., 16 nov. 2022, n° 21-17.338, *D.* 2022, p. 2040 ; *RCDIP*, 2023, p. 475 (solution rendue sur le fondement de la Convention de Rome de 1980, mais vraisemblablement identique sous l'emprise du règlement Rome I).

plurilégislatif a été désigné en vertu d'un rattachement objectif[573]), une norme infra-étatique. On énoncera déjà à ce stade que les critiques envers le principe d'autonomie ne peuvent *a priori* qu'être exacerbées lorsqu'il est question de la désignation de normes non étatiques en l'absence de définition restrictive de celles-ci. Choisir une norme non étatique afin de régir le rapport de droit comporte le risque d'offrir aux parties la possibilité de s'affranchir de toute considération relative au Bien commun en désignant des ordres non étatiques ayant des rationalités particulières[574], en plus de nuire aux intérêts des tiers à la relation et de l'ordre juridique étranger[575].

133. La proximité est parfois utilisée comme clause d'exception à la loi désignée par la méthode bilatérale de conflit de lois[576]. Il s'agirait d'un mécanisme qui ferait fi de considérations matérielles et dont la directive générale serait la localisation concrète de chaque situation, relevant du cas par cas, d'un « *travail sur mesure* » du juge saisi[577]. La proposition a suscité de nombreuses critiques, notamment sur la distinction entre proximité et considération substantielle, sur lesquelles nous ne reviendrons pas[578].

Certains textes de droit positif entérinent cette clause d'exception : il en va ainsi par exemple de l'article 4 (3) du règlement Rome I, qui prévoit, en l'absence de choix de loi, l'application de la loi de l'Etat avec lequel « le contrat présente des liens manifestement plus étroits » qu'avec les pays visés par les paragraphes 1 et 2 (rattachements objectifs)[579]. Les textes européens qui consacrent la clause de proximité soulignent généralement son caractère exceptionnel par l'adverbe « manifestement » (à l'exception de l'article 8 Rome I).

En droit allemand, l'article 14 II Nr. 4 de l'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* prévoit pour la catégorie des effets du mariage, en l'absence de choix de loi et lorsqu'aucune nationalité ou résidence commune des époux ne peut être relevée, la mise en œuvre du principe de proximité. Certains auteurs soutiennent qu'il serait possible, sur le fondement de ce principe, de désigner un droit religieux, non nécessairement étatique. Ainsi, le divorce d'un couple franco-allemand de confession juive, lorsqu'ils n'ont pas de résidence commune depuis longtemps, pourrait être soumis aux normes hébraïques[580].

---

573 V. *infra* n°163.

574 V. *supra* n°102 et s.

575 V. *infra* n°225 et s. pour des développements plus conséquents sur le rôle de l'autonomie.

576 A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, vol. 229, 1991, p. 13, spéc. n°20, p. 39. Selon l'auteur, il s'agirait de l'« *ultime remède, en cas d'iniquité flagrante, que provoquerait l'application de la règle de conflit ordinaire* ». La clause d'exception est alors comparée à l'exception d'ordre public international.

577 P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986, p. 9, spéc. p. 118 et 123.

578 B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, vol. 305, 2003, p. 9, spéc. n°337, p. 333 et s. ; Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, vol. 387, 2015, p. 9, spéc. n°158, p. 257. A propos de l'article 6 de la Convention de Rome (devenu par la suite l'article 8 Rome I), v. E. PATAUT, note sous CJUE, 12 septembre 2013, affaire C-64/12, *Anton Schleker*, *RCDIP* 2014, p. 167.

579 V. aussi : art. 4 (4), 5 (3) Rome I. L'article 4 a été réécrit, l'ajout du « manifestement », marquant le caractère exceptionnel de la clause. V. également le règlement n°864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit Rome II (ci-après : « Rome II »).

580 Pour la prise en compte du droit religieux : K. SIEHR, commentaire de l'article 14 EGBGB, *in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* Munich, Beck, vol. 10, 5ème éd., 2010, spéc. n°37 (argumentation non reprise dans la dernière édition). Et ce, même en l'absence de droit étatique y faisant référence. Cette position ne pourra être retenue au regard de la définition de l'ordre non étatique retenue. V. *infra* n°168 et s., n°345.

Un tel outil revient à adopter plus de souplesse, ce qui a des avantages (comme la possibilité pour le juge de soumettre certains contrats participant d'un ensemble contractuel à la loi régissant l'obligation principale[581]) et des inconvénients (risque de contrariété quant aux prévisions des parties[582], à la « certitude sur le droit »[583], en tout cas aux caractères neutre et abstrait traditionnellement associés au conflit de lois[584]).

On relèvera simplement que le mécanisme, marqué par une forte subsidiarité, semble soulever davantage de questions qu'il n'en résout lorsqu'il est question d'appréhender les normes non étatiques : en présence d'une pluralité de normes relevantes, il est difficile d'apprécier les « liens les plus étroits », que ceux-ci soient « spatiaux » ou qu'il s'agisse de déterminer « *le lien qu'une personne présente, d'un point de vue spirituel ou culturel, avec une communauté* »[585]. Le divorce d'un couple franco-allemand de confession juive, dont la dernière résidence commune est particulièrement ancienne, pourrait-il être soumis aux normes hébraïques ? La validité d'un mariage entre époux pakistanais de confession musulmane doit-il s'apprécier au regard de la coutume locale, effective dans la région de laquelle provient leur famille, ou encore au regard des prescriptions religieuses localement observées, retenant une interprétation plus restrictive de la *charia* que ne le fait le droit étatique pakistanais ? Plus on admet d'appartenances relevantes, plus il apparait difficile de déterminer celle qui possède les liens les plus étroits avec le litige.

On reviendra plus en détails sur ces rattachements[586], en se contentant de noter à ce stade, que, s'agissant de l'accueil des normes non étatiques, les inconvénients classiquement mis en lumière relatifs au principe d'autonomie sont exacerbés et que le principe de proximité apparait difficilement praticable une fois le pluralisme normatif retenu.

c) Le rattachement en plusieurs temps

134. Si la localisation est une opération qui ne peut être pensée sans l'Etat, un rattachement en plusieurs temps est concevable, dès lors que la désignation étatique reste première. Les différentes propositions qui ont pu être effectuées ont nécessairement pour inconvénient de compliquer davantage la technique du droit international privé. Mais surtout, elles ne semblent pas fondées.

135. Le détour par les règles de conflits internes lorsque l'Etat étranger est plurilégislatif. Le droit positif connait déjà une localisation de la norme applicable en plusieurs étapes. Ainsi, lorsque la règle de conflit bilatérale désigne un Etat plurilégislatif, la solution majoritairement admise en droit positif comme en doctrine[587], pour les conflits considérés comme

[581] CA Versailles, 6 février 1991, *RCDIP*, 1991, p. 745, note P. LAGARDE.
[582] V. la proposition de distinguer selon les matières, en fonction du besoin de prévisibilité : P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *op. cit.*, n°109, p. 116 et s. Proposant l'adoption à titre général d'une clause d'exception sur le fondement du respect des prévisions des parties, mais ne retenant pas le principe de proximité : Y. PRE, *op. cit.*
[583] W. WENGLER, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, 1990, p. 657, spéc. p. 668.
[584] Y. LEQUETTE, *op. cit.*, spéc. n°165, p. 272.
[585] V. PARISOT, « Commentaire de l'article 15 », *in* S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce – European divorce law,* 2013, LexisNexis, p. 647, spéc. p. 659 et s.
[586] V. *infra* n°395, 402 et s.
[587] *Idem* : V. PARISOT, *Les conflits internes de lois, op. cit.*

interpersonnels[588], est la consultation du système de règlement des conflits internes du droit étatique étranger désigné. Le recours à la règle de conflit interne étrangère est critiquable : comme l'a montré V. Parisot, elle se heurte à des obstacles majeurs[589] (notamment, la règle de conflit interne est pensée précisément pour résoudre des conflits internes ; elle prévoit ainsi parfois une solution sur le plan de la compétence des autorités) et répond à un alignement sur la position de l'Etat étranger qui n'est pas nécessairement justifié au regard des objectifs du droit international privé[590].

136. La localisation directe des intérêts des parties (thèse de V. Parisot). V. Parisot propose dans sa thèse d'interpréter la règle de conflit du for de la façon suivante : lorsque celle-ci désigne un Etat plurilégislatif et à condition qu'elle permette une localisation directe des « intérêts » des parties, elle serait à même de désigner la norme infra-étatique applicable. La localisation directe serait possible lorsque le rattachement est spatial. Mais pas uniquement : ainsi, en matière matrimoniale, il conviendrait dans un premier temps de désigner, selon le jeu normal de la règle de conflit, l'Etat dont la loi est applicable (ex : le Liban comme l'Etat sur le territoire duquel se trouve le premier domicile commun des époux). Dans le cas où cette désignation ne suffirait pas à la détermination de la loi matérielle applicable, il s'agirait d'interpréter la règle de conflit de lois en localisant directement les intérêts des parties[591]. « *Ainsi [en matière de régime matrimonial], lorsque les époux ont établi leur premier domicile dans un système confessionnel et qu'ils ont célébré leur mariage devant une autorité religieuse, on pourrait admettre, à défaut de choix de loi, que le droit applicable est celui de ladite autorité* »[592].

Or, les intérêts des parties ne sont pas plus « directement » localisables que les rapports de droit[593]. Certes, les intérêts des parties peuvent, tout comme le rapport de droit, être parfois « ancrés » de manière évidente dans un unique ordre juridique ou ordre normatif : tel est le cas lorsque l'ensemble des éléments de fait se rapportant à la relation litigieuse reposent sur l'intervention fondatrice d'un ordre particulier (par exemple la célébration du mariage devant une autorité religieuse) dense (c'est-à-dire répondant au modèle culturel, qui prétend régir l'ensemble des aspects futurs de la relation et prévoit des conditions difficiles de sortie de sa communauté[594]). Or, ces situations sont rares : les rapports internationaux ont bien souvent des liens objectifs avec plusieurs ordres normatifs

[588] On observe ainsi que lorsque les instruments supranationaux opèrent une distinction entre conflits interlocaux et interpersonnels, l'application directe d'une norme infraétatique n'est jamais la solution retenue pour les conflits interpersonnels, et ce quelle que soit la nature du rattachement (qui peut être géographiquement localisable, comme la résidence habituelle). Il en va ainsi des articles 14 et 15 du règlement Rome III, des articles 36 et 37 du règlement n°650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (« règlement Successions ») et des articles 33 et 34 du règlement n°2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (« règlement Régimes matrimoniaux »). V. *infra* pour plus de détails quant au contenu des règles de source européenne et internationale (n°163).

[589] V. à titre d'exemple, pour une interprétation critiquée du droit intercommunautaire libanais : CA Paris, 14 juin 1995, M. X. c. Mme Y ; *RCDIP* 1997, p. 41, note P. GANNAGE : « [l]es juristes qui connaissent la législation libanaise seront sans doute surpris par les motifs de la décision où il est clairement affirmé qu'un Libanais de confession catholique pouvait très aisément, par la voie d'une conversion à l'Islam, contracter une deuxième union qui sera considérée comme pleinement valable au Liban ».

[590] V. *infra* n°398 et s.

[591] V. PARISOT, *op. cit.*, n°1604, p. 2381.

[592] V. PARISOT, *op. cit.*, n°1646, p. 2424. V. pour le développement : n°1631 et s., p. 2403 et s.

[593] Avec Batiffol, on observera qu'« *un rapport de droit n'est localisé naturellement que par le bien corporel, mobilier ou immobilier, qu'il a pour objet, car seuls les objets corporels ont, par leur nature matérielle, une situation dans l'espace* » (H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, [1956] 2002, n°3, p. 13).

[594] V. *supra* n°108 et s., et *infra* n°328 pour une réflexion plus approfondie.

(changement de résidence habituelle dans un pays laïc, pour poursuivre notre exemple). Dans ces cas-là, les plus nombreux, il est nécessaire de choisir, au moment de l'élaboration de la règle de conflit de lois, un élément de rattachement résultat d'un arbitrage des différents objectifs poursuivis par le droit international privé. En effet, les intérêts des parties, ou le rapport de droit, ne peuvent pas « directement » se localiser. Comme vu précédemment, y compris pour les rattachements spatiaux, l'intermédiaire étatique est nécessaire[595].

137. *Zweistufentheorie*[596]. La *Zweistufentheorie* (« théorie des deux marches »), développée notamment par E. Jayme, consiste à distinguer deux étapes dans le règlement du conflit de lois : le juge doit d'abord déterminer la loi applicable grâce à la règle de conflit de lois puis, dans un second temps, il peut tenir compte d'une interprétation « *culturelle* » de la loi désignée, soit « *des normes [du] groupe ethnique ou religieux sur lesquelles les parties ont basé leurs actes juridiques ou leur comportement, si une telle prise en considération correspond à l'attente légitime des parties* »[597]. Cette théorie a pu s'incarner dans une décision du tribunal de Heidelberg concernant un mariage germano-camerounais, dont la validité était remise en cause au motif qu'il s'agissait d'un second mariage (polygamie). Le tribunal a interprété la loi allemande désignée en tenant compte du milieu culturel de la seconde femme : l'union est ainsi validée au motif « que la femme camerounaise provenait d'une culture différente et qu'elle avait fait confiance en la validité de [son] mariage »[598].

Une telle solution est à condamner, dans la mesure où elle a pour incidence de permettre une relativisation circonstanciée de la *lex fori* : celle-ci, lorsqu'elle est désignée par le jeu des règles de conflit de lois, ne serait pas la même pour tous en fonction de l'interprétation culturelle retenue. Ainsi, dans la décision précitée, la loi allemande n'est pas interprétée de la même manière en fonction de l'origine culturelle de l'épouse (*quid* par ailleurs de l'origine culturelle de l'époux ?). L'harmonie interne de l'ordre juridique du for serait alors frontalement heurtée. Une telle solution pourrait-elle cependant être retenue pour la loi étrangère ? La question n'a en réalité que peu d'intérêt : le droit international privé est orienté vers la tentative d'application la plus fidèle possible de la norme étrangère. Si cette dernière admet une interprétation culturelle, elle pourra être suivie. Sinon, tel ne sera bien évidemment pas le cas.

La méthode bilatérale s'inscrit nécessairement dans le paradigme étatique, en raison de la nécessité, pour la désignation d'une loi unique, de penser la prétention à l'exclusivité normative sur un espace géographique donné au regard d'une population vivant sur celui-ci. Or, il s'agit précisément de l'Etat au sens traditionnellement retenu par le droit international public.

L'unilatéralisme permet une approche plus souple de l'accueil de normes non étatiques.

---

595 V. *supra* n°130 et s.

596 H.-J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht — Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts,* Munich, Beck, 1985 ; E. LORENZ, « Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 1987, p. 645.

597 E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI* (251), 1995, p. 9, spéc. p. 263.

598 Le jugement de l'*Amtsgericht* de Heidelberg du 15 janv. 1985 a été confirmé en appel par l'*Oberlandesgericht* de Karlsruhe le 12 juillet 1985 (H.-J. HESSLER, « Auslandsehe und missbräuchliche Erhebung der Ehenichtigkeitsklage », *IPrax* 1986, p. 146).

B- Raisonnement unilatéraliste et Etat

138. Le raisonnement unilatéraliste permet-il de se départir plus aisément du référent étatique dans la détermination de la loi applicable ou de la reconnaissance des décisions ? En réalité, que ce soit sur le terrain du conflit de lois (1) comme sur celui de la reconnaissance (2), l'unilatéralisme permet difficilement une prise en compte plus directe des normes non étatiques.

1) La règle de conflit unilatérale confrontée aux ordres non étatiques

139. P. Gothot définit la règle de conflit unilatérale comme « *celle par laquelle le législateur détermine le domaine d'application de la loi qu'il édicte ou désigne les rapports tombant sous l'empire de sa propre législation* »[599]. Détachée d'une conception en termes de conflit de souverainetés[600], l'unilatéralisme suppose une définition en amont des phénomènes normatifs avec lesquels il envisage une coordination lorsque la *lex fori* n'a pas vocation à s'appliquer, c'est-à-dire lorsque le rapport litigieux n'est pas visé par la loi matérielle du for, dont l'applicabilité fait alors défaut.

Ainsi, l'ordre normatif étranger doit nécessairement connaitre des normes matérielles, mais également des « *règles de délimitation* »[601] (explicites ou implicites) déterminant le champ d'application de celles-ci ainsi qu'un « *système de gestion des rapports entre son ordre normatif et les droits exogènes* »[602], venant imposer l'application de ses normes matérielles lorsque leurs conditions d'applicabilité sont réunies[603].

Une telle réunion de normes matérielles, de délimitation de celles-ci et de gestion des droits exogènes, soit la réunion de normes primaires et secondaires de Hart, peut-elle s'effectuer ailleurs que dans l'Etat ? En effet, ces règles secondaires ne sont-elles pas propres à un phénomène de centralisation du pouvoir, caractérisant précisément l'Etat[604] ?

On observera qu'à suivre l'approche subjective de Quadri, tel n'est pas forcément le cas : les règles de délimitation des normes matérielles ne seraient pas à chercher dans des règles secondaires fruits de la volonté d'un *imperator* mais dans « *la conscience des individus d'appartenir à un ordre déterminé* »[605] découlant d'une « *expérience juridique* » (une « *synthèse d'éléments passés, présents, et peut-être futurs plus ou moins uniquement ou même différemment interprétés par les différentes législations* »), d'un « *fait historique* ». Le juge du for aurait à constater « *le fait historique de la dépendance d'une certaine situation à un certain ordre juridique […] ce fait historique exprimant un principe d'effectivité* ». L'auteur mêle ainsi, et ceci a déjà été

---

599 P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1.

600 « *Niboyet avait fondé l'unilatéralisme sur le respect dû à la souveraineté de chaque État. Il appartient à chaque État de fixer souverainement, par ses règles de droit international privé, le champ d'application de ses lois, mais il ne lui appartient pas de déterminer le champ d'application des lois étrangères, ce qu'il ferait indirectement s'il désignait, par une règle de conflit bilatérale, une loi étrangère qui ne se voudrait pas elle-même applicable* », P. GOTHOT, P. LAGARDE, « Conflits de lois », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2006, n°195.

601 D. BODEN, « Le pluralisme… », *op. cit.*, p. 291.

602 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°341, p. 341.

603 D. BODEN, *op.* et *loc. cit.* : « *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" ». Nous soulignons.

604 S. ROBERTS, « After Government ? On Representing Law without the State », *Modern Law Review*, n°68, 2005, p. 1. V. note *supra* n°36 en note de bas de page.

605 Tel que cité par E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008, spéc. n°142 et s., p. 103 et s.

relevé en doctrine[606], subjectivité, effectivité et historicité. Une telle approche réduit l'altérité à un fait historique effectif, l'effectivité se mesurant subjectivement (et étant donc psychologique et immatérielle). De l'effectivité, conçue de manière complexe, se déduirait la juridicité de la norme étrangère. On ne peut souscrire à une telle analyse : l'effectivité de la norme ou de l'ordre juridique ne peut être « constatée » par le juge saisi[607], de surcroît lorsqu'elle est conçue comme intégrant une dimension psychologique.

Confrontées à l'examen des normes non étatiques, on peut *a priori* retrouver des normes primaires et secondaires dans d'autres ordres que les ordres étatiques (a). Cependant, de telles conditions ne peuvent suffire à leur relevance : l'Etat reste nécessairement sous-entendu (b).

a) La « volonté » de normes non étatiques à s'appliquer

140. L'existence de normes primaires et secondaires au sens de Hart ne semble pas difficile à caractériser lorsqu'on se penche sur certaines normes religieuses, telles que décrites et analysées notamment par K. Wähler[608], étudiant les rapports des normes religieuses (hindouisme, Islam, normes hébraïques et chrétiennes) entre elles et avec le droit étatique.

141. Normes primaires. On citera en premier lieu les propos particulièrement éclairants de L. Panafit, posant la question de la coordination entre norme hébraïque et norme étatique du point de vue de la première. De tels propos montrent en effet l'existence de normes de comportement religieuses, équivalentes, dans leur fonction de régulation sociale, aux normes étatiques, posant la problématique de leur coordination.

« *Le problème de la compatibilité du droit hébraïque avec le droit autochtone s'est régulièrement présenté. Dans un État étranger, quelle loi doit respecter un juif ? Doit-il se soumettre au droit local ou continuer à ne reconnaître que le droit hébraïque au risque d'être régulièrement condamné ? La tradition rabbinique a imposé le principe* Dina De Malkouta Dina, "*la loi de l'État est la loi*". *Mais ce principe n'est ni général, ni absolu. Il ne concerne que les conflits juridiques touchant les domaines du droit commercial et fiscal. Dans ces deux cas, il convient de suivre la loi locale, si celle-ci diverge de la Halakha, mais dans tous les domaines rituels ou civils, la loi hébraïque s'impose et ne peut être substituée par le droit local. C'est la raison pour laquelle, par exemple, les divorces prononcés par les tribunaux civils ne sont pas reconnus en droit hébraïque et doivent faire l'objet d'une procédure devant un tribunal rabbinique* »[609].

Ce point ne semble pas appeler davantage de développements, tant il semble largement admis que les normes religieuses peuvent être analysées comme des normes primaires. Elles sont parfois exprimées sous une forme identique à celle étatique : ainsi, selon le canon 1142 du Code de droit canonique de 1983 : « Le mariage non consommé entre des baptisés ou entre une partie baptisée et une partie non baptisée peut être dissous par le Pontife Romain pour une juste cause, à la demande des deux parties ou d'une seule, même contre le gré de l'autre ».

606 *Ibid.*
607 V. *supra* n°83 et s.
608 K. WÄHLER, *Interreligiöses Kollisionsrecht im Bereich privater Rechtsbeziehungen*, Berlin, Gullus Druckerei, 1977.
609 L. PANAFIT, « La Halakha comme problématique de la connaissance », *in* F. Alvarez-Pereyre, L. Panafit, (dir.), *Le droit interne hébraïque*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 7, spéc. n°53.

142. Normes secondaires[610]. Les normes religieuses connaissent un champ d'application déterminé : elles sont applicables par principe à tout membre de la communauté religieuse, peu important l'ancrage territorial de la relation, et sont en ce sens universelles. Par ailleurs, elles peuvent comporter diverses limitations concernant les mariages mixtes (avec des membres d'une autre religion ou avec des laïcs)[611]. Les relations entre non-membres de la communauté religieuse sont parfois également soumises aux normes religieuses. Dans certains cas, les normes religieuses prévoient une coordination avec le droit étatique ou les autres normes religieuses[612]. Nous venons de le voir avec les normes hébraïques, où la coordination se pose en termes d'alternative entre ces normes et le droit « local », soit étatique. Parfois, les ordres religieux pensent la coordination en termes cumulatifs, lorsque la loi étatique prévoit des dispositions difficilement compatibles avec la norme religieuse (tel est le cas des exigences en matière de mariage : l'ordre religieux peut demander le respect à la fois du mariage civil étatique et de la cérémonie religieuse). Elles peuvent également prévoir un renvoi formel au droit étatique dans certains domaines, non couverts par les normes religieuses, tout en s'assurant d'un respect des principes religieux[613]. Une autre solution connue des normes religieuses est celle, pour les juridictions saisies d'un litige entre personnes de confession différente, de se déclarer incompétentes : tel est le cas des juridictions islamiques lorsqu'il est question non de statut personnel mais des rapports relatifs aux biens ou aux obligations[614]. Les systèmes religieux n'ont cependant, à notre connaissance, aucune règle permettant de préciser le droit étatique dont il convient d'appliquer la loi, se contentant de renvoyer au « droit étatique » ou droit « local »[615]. Lorsque plusieurs droits étatiques peuvent avoir un titre à s'appliquer, le juge religieux a ainsi, dans l'hypothèse assez rare où il se reconnait compétent, une marge de manœuvre

---

610 Comp. la « *mise en place d'un système de gestion des rapports entre son ordre normatif et les droits exogènes* » chez H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°341, p. 341.

611 V. la distinction de J. DEPREZ (« Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *op. cit.*), reprise par S. RAMACIOTTI (*Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022, spéc. n°417 et s., p. 377 et s.) entre les normes religieuses visant à militer en faveur du maintien de l'ordre public confessionnel (l'homogénéité de la communauté) et les autres. Ces premières ne pourraient être reçues par l'ordre juridique français, car cela reviendrait, selon J. Deprez, à « *faire de l'ordre juridique français le garant, le gardien de l'observance religieuse* », à « *mettre la puissance qu'il détient au service de la puissance étrangère* » (*op. cit.*, spéc. p. 17).

612 « *[l]es droits religieux n'ont pas, en principe, développé de règles paritaires de conflit de lois, mais se sont essentiellement limités, d'une part, à affirmer l'application spatiale universelle de leurs normes matérielles pour leurs membres et d'autre part, d'établir des règles restrictives relatives aux relations dites "mixtes", avec les membres d'autres religions, voire venant imposer, précisément dans ces cas, l'application de la loi de leur propre religion. En outre, elles ont entrepris de multiples tentatives pour étendre le champ d'application de leur droit matériel aux relations juridiques entre les croyants d'autres religions. Néanmoins, comme nous l'avons déjà mentionné, l'application du droit étatique ou religieux étranger ne leur est en aucun cas inconnue* » (K. WÄHLER, *Interreligiöses Kollisionsrecht…, op. cit.*, p. 243, traduction libre).

Alors que la religion musulmane prévoit une application tant avec le droit étatique qu'avec les autres normes religieuses, on remarquera que les religions catholique et juive prévoient rarement leur coordination avec les autres normes religieuses et davantage avec le droit étatique. Cela s'explique notamment pour des raisons historiques, l'islam étant conçu comme ayant des liens étroits avec la politique et l'empire musulman ayant connu un territoire immense sur lequel d'autres religions préexistaient.

613 Pour le droit catholique : H. P. NEUHAUS, « Zum Kollisionsrecht Des Codex Iuris Canonici », *Rabels Zeitschrift*, 30, 1966, p. 40, spéc. p. 41 et s.

614 K. WÄHLER, *op. cit.*, p. 135.

615 Selon les normes hébraïques, « *[l]'application de ce principe est, de plus, limitée aux relations entretenues par la communauté juive du pays avec les autorités locales. L'acceptation du droit local n'est pas un principe s'appliquant à tous les régimes et à tous les États. Initialement, il était exigé que le type de régime de l'État soit monarchique, mais cette prescription a été étendue à d'autres formes de gouvernement démocratique. Elle n'a, en outre, de valeur que si les juifs ne sont soumis à aucun régime de discrimination et que les lois incriminées s'appliquent à tous les habitants du pays* » (L. PANAFIT, « La Halakha comme problématique de la connaissance », *op. cit.*, spéc. n°54). Ainsi, les normes de relevance avec les autres ordres sont soumises à une condition de légitimité.

certaine[616]. Les normes religieuses peuvent prévoient plus précisément, lorsque tel est le cas, leur rapport avec les autres normes religieuses. Tel est le cas pour l'Islam, lorsque se pose par exemple la question de la norme applicable à la résolution d'un litige relatif à une relation née au moment où un individu n'était pas encore converti à la religion islamique ou entre deux individus de confession non musulmane (mais appartenant à une religion du livre)[617]. Les Eglises chrétiennes prévoient quant à elles l'application du droit d'autres Eglises chrétiennes (d'autres « rites »), et prévoient, pour les croyants non chrétiens, l'application du droit étatique[618]. L'« application » du droit étranger se présente le plus souvent sous la forme de la résolution d'une question préalable[619], par exemple pour savoir si le mariage célébré devant une autre autorité religieuse est valide. Lorsqu'elles appliquent une norme autre, les différentes Eglises connaissent un mécanisme proche de l'ordre public[620], visant à écarter les normes dont l'application iraient à l'encontre des principes religieux de la communauté.

Ainsi, les communautés religieuses pourraient tout à fait répondre aux exigences de l'unilatéralisme tel qu'il est classiquement compris. En réalité, il apparait difficile de dénier l'existence de règles primaires et secondaires à nombre de phénomènes non étatiques, puisque ceux-ci sont bien souvent confrontés au phénomène étatique et doivent donc définir leur domaine d'application ainsi qu'une éventuelle coordination avec celui-ci. Par conséquent le risque est grand de se retrouver face à une multiplication des « vrais » conflits, soit de devoirs de conduite contradictoires applicables à une même situation.

Une telle approche, normative, ne saurait suffire, parce qu'elle n'est le gage ni d'une effectivité, ni d'une légitimité de la norme non étatique suffisante.

b) La nécessaire « reconnaissance » étatique

143. Dans la conception retenue par H. Muir Watt de « l'unilatéralisme pluraliste », deux exigences viennent caractériser la communauté avec laquelle la coordination est pensée : l'effectivité, dans la mesure où la communauté doit connaitre un « *mécanisme juridictionnel effectif* » et la légitimité, puisque la communauté doit appartenir à un réseau institutionnel[621] permettant de garantir le respect « *de l'adhésion à un certain nombre de principes* »[622]. On peut sans trop de risques présumer qu'il s'agit du respect d'exigences libérales.

Or, ces deux conditions semblent nécessairement impliquer l'intervention de l'Etat. L'appartenance au réseau institutionnel, dépendant du respect de conditions déterminées en commun, implique nécessairement l'intervention de l'Etat français et une certaine reconnaissance de communautés

616 H. P. NEUHAUS, *op. cit.*, spéc. p. 45.
617 K. WÄHLER, *op. cit.*, p. 284.
618 *Ibid.*, p. 296 et s.
619 *Ibid.*, p. 273.
620 *Ibid.*, p. 285 et s. (pour l'Islam) et p. 294 et s. (pour les Eglises chrétiennes).
621 V. *infra* n°114.
622 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°353, p. 342.

non étatiques[623], se présentant de surcroit sous une forme suffisamment institutionnalisée[624]. L'existence d'un mécanisme juridictionnel effectif se caractérise quant à lui par « *un système de règlement des litiges, d'interprétation des principes fondateurs en cas de conflit, et d'accès à un régime de circulation des décisions dans les systèmes tiers* »[625]. Seule la dernière condition nous préoccupera, puisque les deux premières conditions peuvent être réunies pour un grand nombre d'ordres non étatiques. A titre d'exemple, selon le droit hébraïque, l'instauration d'un système judiciaire est un commandement de la Thora[626]. L'ordre catholique connait un système hiérarchisé d'institutions judiciaires : un ensemble de tribunaux ordinaires présidés par les évêques ainsi qu'une instance d'appel, la rote romaine[627].

Le système tiers venant accorder des effets juridiques à une norme non étatique pourrait être non étatique, dès lors qu'il appartient au réseau institutionnel. L'existence d'un tel réseau n'apparait pas nécessairement hypothétique : on remarquera par exemple que certaines Eglises chrétiennes reconnaissent et appliquent les normes des autres « rites » chrétiens[628]. Toutefois, de la perspective de l'Etat français, ce réseau institutionnel n'a que peu de relevance, puisqu'il n'en fait pas partie. Par ailleurs, l'existence de ce réseau en tant que telle ne garantit en rien le respect de valeurs libérales, c'est-à-dire la légitimité des différents ordres normatifs.

L'accès à un régime de circulation des décisions dans un Etat garantit en effet une effectivité et une légitimité suffisante de l'ordre non étatique. Mais dès lors, la communauté non étatique est nécessairement non pas considérée pour elle-même, mais uniquement dans sa dépendance à un ordre juridique étatique. Ainsi, s'il est possible de retenir l'existence d'une communauté catholique en Italie[629], puisqu'en droit italien, le prononcé ecclésiastique d'annulation du mariage produit des effets civils[630], la reconnaissance de l'ordre catholique en tant que tel se heurte au fait qu'en droit français, les décisions des tribunaux ecclésiastiques (« officialités ») n'ont aucun effet juridique. Malgré l'accès à un régime de circulation des décisions, la communauté non étatique n'est pas reconnue en tant que telle, ce qui est en contradiction avec le postulat d'hospitalité de la méthode unilatéraliste pluraliste. Cette approche est donc indissociable de la construction d'un réseau institutionnel commun.

---

[623] Celle-ci peut être particulièrement souple, v. la reconnaissance des autorités traditionnelles célébrant les mariages coutumiers qui, même non constatés par un officier d'état civil, produisent des effets juridiques (S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n°3, Juillet-septembre 1978, p. 811, spéc. n°41 et s., p. 826 et s.).

[624] Comp. à cet égard la difficulté de la constitution et de la représentativité du Conseil français du culte musulman (C. CHAMBRAUD, « *Le Conseil français du culte musulman pourrait s'autodissoudre le 19 février* », *Le Monde.fr*, 18 janvier 2022, https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/01/18/le-conseil-francais-du-culte-musulman-pourrait-s-autodissoudre-le-19-fevrier_6109920_3224.html, consulté le 31/08/2024).

[625] H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°350, p. 348 et s.

[626] Deutéronome XVI, 18.

[627] On remarquera que les affaires matrimoniales sont les principales affaires dont ils sont saisis.
Toute réunion d'anciens de clans ou d'ethnies faisant appel à la coutume pour proposer une solution au litige pourrait également remplir cette condition.

[628] V. *supra* n°142.

[629] En droit italien, la prononciation ecclésiastique d'annulation de mariage produit des effets civils.

[630] En vertu du Concordat de 1929, la cour d'appel italienne rend les décisions ecclésiales exécutoires. Le rôle pensé comme purement formel de la cour d'appel s'est renforcé : un véritable contrôle est aujourd'hui exercé en vertu de l'article 8§2 de l'Accord de la Villa Madame (E. TAWIL, « Les relations conventionnelles entre l'État et les confessions religieuses en Italie », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 4, 2005, p. 139). V. aussi la célèbre décision Cour EDH 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, *Revue de droit canonique*, 2001, p. 141, note E. DIENI.

144. Si l'approche unilatéraliste normativiste permet de penser la coordination avec des ordres non étatiques, le respect des exigences d'effectivité et de légitimité ne semble, au regard des circonstances actuelles, ne pouvoir être garanti que lorsqu'un Etat « reconnait » l'ordre non étatique, ce qui peut s'illustrer par la possibilité d'accueil de la décision de l'autorité non étatique dans un Etat[631]. Une telle condition vient fortement limiter ce qu'il convient d'entendre par communauté non étatique. Par ailleurs, le conflit positif entre des normes de communautés non étatiques distinctes souffre des difficultés connues de la résolution des conflits positifs.

2) Le fondement étatique du libéralisme des méthodes de reconnaissance en question

145. L'approche unilatérale peut éventuellement mener à la désignation de la norme non étatique sur le terrain de la reconnaissance, en raison de l'absence de contrôle de la régularité de l'acte par rapport à la loi (étatique) désignée par la règle de conflit de lois. Néanmoins, et nous l'avons déjà vu, ce libéralisme est précisément fondé, en droit positif, sur la source étatique de la décision ou sur l'intervention d'une autorité étatique (a). Une ouverture aux décisions non étatiques ou aux situations cristallisées par l'intervention d'autorités non étatiques est cependant envisageable sur le terrain des méthodes de reconnaissance, qui constituerait un terrain propice à leur accueil (b).

a) La source étatique de la décision comme fondement de la méthode de reconnaissance des décisions

146. Précisément, le libéralisme de la méthode de reconnaissance serait fondé sur la source étatique de la norme. Ce libéralisme est classiquement fondé sur l'idée que le droit international public interdirait pour un Etat « *de se prononcer sur la régularité des normes émises par leurs pairs ou même de prendre position sur leur efficacité autrement qu'en s'adressant exclusivement à leurs propres organes* »[632]. On remarquera que si d'autres actes, et tout particulièrement les sentences arbitrales, sont soumis à un régime très proche de celui de la reconnaissance des décisions, un parfait alignement sur le plan méthodologique est discuté en doctrine[633].

Le droit positif véhicule cette idée et une partie de la doctrine prône l'extension de la méthode de reconnaissance à l'*instrumentum* des actes publics non juridictionnels « déclaratifs »[634] ou à ces actes « *quasi publics* », soit « *d'initiative privée mais de confection publique* », lorsqu'ils sont « constitutifs », ce qui serait nécessairement le cas pour les questions relatives à l'état des personnes (car « *la notion « d'état »*

631 Ce qui peut prendre des formes très différentes. Ainsi, le mariage religieux en Turquie, qui doit être assimilé selon nous à une « décision » (v. *infra* n°527 et s.), n'est pas considéré par l'Etat turc comme valable (article 143 du Code civil turc). V. H. BURCUOĞLU *et alii*., « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit de la famille. Rapport de la Turquie », *in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, vol. 67, Bruylant, Bruxelles/Paris, 2017, p. 251. Cependant, cet Etat promulgue régulièrement des lois d'amnistie relative au mariage religieux, permettant aux individus de déclarer leur mariage religieux devant l'officier d'état civil, le mariage déployant alors l'ensemble des effets du mariage civil. V. pour un exemple du traitement par les juridictions allemandes du mariage religieux turc : *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 13 février 1997, IV R 15/96 ; *Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, 1997, p. 1227.

632 S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé*…, n°228, p. 160. V. *supra* n°52 pour une critique.

633 P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *in* M.-N. Jobard-Bachellier *et al*., *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Dalloz, 2005, p. 547 ; S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode unilatérale », *RCDIP* 2007, p. 307.

634 P. MAYER, *op. cit*., spéc. n°29, p. 562 ; Ch. PAMBOUKIS, « Acte public étranger (internat.) », *Répertoire de droit international*, Dalloz, Septembre 2019, n°143 et s.

est liée à un certain souci d'organisation fondamentale »[635])[636]. Dans ces cas, c'est bien en raison de l'intervention d'un Etat étranger que l'acte est reconnu.

De fait, la reconnaissance d'une décision ou d'un acte public étrangers est conditionnée au fait que l'autorité qui est intervenue est dotée de compétence selon l'Etat sur le territoire duquel elle se trouve. A propos de l'autorité religieuse, P. Gannagé note ainsi que « *pour le juge français, le rattachement religieux […] parait être un rattachement second. C'est le rattachement national qui est un rattachement premier, et dans la mesure où la décision religieuse a déjà autorité dans son pays, c'est-à-dire a déjà une valeur civile dans le pays où elle a été rendue, elle peut être prise en considération dans un pays étranger* »[637]. Toujours sur le terrain de la norme religieuse, la Cour de cassation a pu refuser de reconnaitre la répudiation musulmane constatée par un acte du Centre islamique culturel de Rome ayant pour effet de dissoudre la relation maritale entre deux époux iraniens, au motif que la loi iranienne exigeait que le divorce soit prononcé par un tribunal spécialisé présidé par un docteur en droit chiite[638]. A l'inverse, une décision ou un acte étranger d'un tribunal religieux, par exemple rabbinique, pourra être reconnu si cette autorité est compétente pour l'Etat sur lequel elle se trouve[639]. Il appartient ainsi à l'Etat étranger auquel le litige se rattache de manière caractérisée de désigner l'autorité compétente, peu importe à quel titre cette autorité agit (fonction juridictionnelle, intervention constitutive).

b) L'ouverture possible des méthodes de reconnaissance à la décision et à la cristallisation non étatique

147. Nous l'avons déjà évoqué : la méthode de reconnaissance des décisions ne pourrait-elle pas se justifier plus simplement par l'idée d'effectivité et d'indépendance des ordres normatifs, dans une perspective pluraliste, associée au caractère concret de la norme soumise au juge français ? Y a-t-il un sens à soumettre la remise du *guet*[640] par l'époux de confession juive devant le *Beth Din* de l'Ontario (Canada) à l'examen de la régularité de ce qu'il faut alors considérer comme un acte privé ? En l'absence de reconnaissance étatique du pouvoir normatif non étatique (la remise du *guet* est tout au plus considéré par l'Etat de l'Ontario comme une sentence arbitrale[641]), il est fort probable qu'aucune portée ne puisse être reconnue à la remise du *guet*.

En réalité, le problème se déplace sur le terrain de la définition de l'ordre normatif. A partir de quand considérer que l'ordre normatif est indépendant du pouvoir étatique, suffisamment effectif et légitime ? A supposer qu'une telle définition soit possible, il ne serait pas impensable d'ouvrir les méthodes de reconnaissance aux normes non étatiques. Ainsi, pour la méthode de reconnaissance

---

635 R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Préf. J. Foyer, Paris, LGDJ, 2002, n°198, p. 89, sur la pensée de Ch. PAMBOUKIS.

636 Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, préf. P. Lagarde, Paris, LGDJ, 1993 ; « L'acte quasi public en droit international privé », *RCDIP* 1993, p. 565 ; R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *op. cit.*

637 P. GANNAGE, intervention sous celle de C. BERNARD, « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1977, p. 59, spéc. p. 83.

638 Civ. 1, 25 février 1986, *Shafa*, F. MONEGER, *R.*, 1987, p. 103.

639 Pour un exemple récent : Civ. 1, 4 mai 2017, n°16-13.645 (*D.* 2017, p. 1283). V. aussi : C. BERNARD : « *[i]l est de principe, en droit international privé français, que la demande d'exequatur peut s'appliquer à toutes décisions rendues à l'étranger par des autorités administratives exerçant une fonction dévolue en France à l'autorité judiciaire. […] A priori, la même solution peut être étendue aux décisions des autorités religieuses reconnues par les Etats étrangers* » (« Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *Trav. Com. fr. DIP* 1977, p. 59, spéc. p. 61).

640 L'orthographe « gueth » peut également être trouvée dans la doctrine francophone (v. par exemple I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé : le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Lugano, 2005).

641 https://www.ontario.ca/fr/lois/loi/91a17, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024.

des décisions, il n'apparait pas impossible de retenir l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et un ordre normatif étranger non étatique (la religion juive des époux par exemple). La norme concrète suppose son édiction par une autorité de l'ordre normatif et n'exige alors plus le détour par l'Etat. Si le risque de l'absence de reconnaissance étatique de la décision rendue par une autorité non étatique est pertinent au regard de l'exigence d'effectivité (afin de ne pas reconnaitre une décision non étatique qui ne bénéficierait d'aucune reconnaissance et sanction étatique), cette condition peut être pensée en amont, au stade de la définition de l'ordre normatif relevant. On remarquera cependant que la possible reconnaissance de l'acte d'une autorité non étatique par l'Etat étranger ne saurait suffire, car elle apparait comme trop incertaine au regard du degré d'effectivité nécessaire à un tel libéralisme : la « reconnaissance » par l'Etat étranger doit être celle de l'ordre non étatique lui-même, et être davantage qu'une reconnaissance ponctuelle de ses normes, selon un système de droit commun (reconnaissance d'une sentence arbitrale) [642]. Une telle condition vient sensiblement réduire le nombre de normes susceptibles d'être soumises à la méthode de reconnaissance des décisions.

148. Une ouverture aux normes non étatiques est plus prometteuse sur le terrain de la méthode de reconnaissance des situations, continuant de susciter de nombreuses interrogations en doctrine[643] et dont il parait aujourd'hui encore délicat d'en mesurer les implications méthodologiques exactes. Il s'agit de soumettre certaines situations constituées à l'étranger non pas à la règle de conflit de lois mais à l'alternative entre admission et rejet qui caractérise les méthodes de reconnaissance. Alors que la méthode de reconnaissance des décisions est fondée sur « *le respect dû à l'autorité dont elle émane* »[644], les partisans de la méthode de la reconnaissance des situations fondent généralement cette méthode sur les droits fondamentaux ou sur certaines libertés du droit de l'Union européenne[645]. Ces derniers fondements viennent limiter le champ d'application de la méthode. De manière plus neutre, il s'agit d'adopter une approche davantage substantielle[646] en préservant la validité des situations constituées à l'étranger afin de se conformer aux prévisions des parties considérées comme légitimes[647]. Ce n'est plus la norme étrangère qui est reconnue mais la

---

642 V. *infra* n°500 et s., spéc. n°512 et s.

643 V. ainsi : P. LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, p. 225 ; « La reconnaissance mode d'emploi », *in* B. Ancel *et al.*, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, p. 547 ; S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307 ; E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux du Comité français de droit international privé,* 2006-2008, p. 71 ; G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457 ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513.

644 P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973, n°225, p. 171.

645 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*…, Tome I, n°576, p. 717 ; P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », *op. cit.*, spéc. p. 483 et s. ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513, spéc. p. 521.

646 Ch. PAMBOUKIS, *ibid.*, spéc. p. 520 : « *[l]a reconnaissance, comme en général la coopération, sont fondées essentiellement sur des considérations de justice matérielle, tandis que la coordination continue à être dominée par des considérations de justice conflictuelle* ».

647 P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 564 : « *l'intervention d'une autorité publique dans la création ou dans l'opposabilité aux tiers de la "situation" est par elle-même de nature à "cristalliser" cette dernière, en raison de la "confiance que placent les parties dans la validité de la situation". Et cette "situation cristallisée" appelle une attention particulière "parce que, sur la base de cette cristallisation, les parties ont formé des prévisions légitimes". Par exemple la célébration d'un mariage persuade les époux qu'ils sont effectivement mariés ; le fait de vivre ensemble les en persuade encore davantage* ».

situation elle-même, « constituée » ou « cristallisée » à l'étranger. A ce titre, peu importe que la norme étrangère soit étatique ou non, puisque celle-ci n'est pas accueillie.

149. L'intervention d'une autorité non étatique comme mode de cristallisation. Une fois parvenu à une définition de l'ordre normatif propre au droit international privé incluant l'existence d'autorités, l'intervention d'une autorité non étatique pourrait, au même titre que celle d'une autorité étatique, justifier la mise en œuvre de la méthode de reconnaissance des situations[648]. Tel pourrait être le cas de l'intervention d'une autorité religieuse (par exemple du divorce prononcé devant un imam dans un camp de migrants en Italie).

150. Le facteur temps comme second mode de cristallisation. La « *cristallisation lente* », « *sédimentation* » ou « *possession d'état prolongée* »[649] de la situation constituerait un second mode de cristallisation, indépendant de l'intervention d'une autorité publique. Le facteur temporel lié au principe de continuité des situations juridiques[650] viendrait ainsi justifier la légitimité des prévisions des parties et le recours à la méthode de reconnaissance.

151. Reste à déterminer les conditions que comporte la méthode de reconnaissance des situations. Elles ne font pas l'objet d'un consensus, mais sont marquées par un libéralisme qui tend à les rapprocher de celles de la méthode de reconnaissance des décisions[651]. Si le contrôle à l'égard de l'ordre public international (atténué[652]) du for et la régularité de la situation au regard de l'ordre juridique d'origine sont communément admises[653], on s'interroge sur l'exigence d'un lien de la situation avec l'ordre juridique d'origine[654] et celle de conformité de la situation au règlement du conflit de lois du for[655]. La dernière condition vient limiter fortement l'intérêt de la méthode, dont la prétention est précisément de constituer une alternative au conflit de lois.

---

[648] V. *infra* n°553 et s. : la problématique se pose dans les mêmes termes que pour la méthode de reconnaissance des décisions étrangères.

[649] Sur ces expressions, avec une préférence pour celle de sédimentation : Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, vol. 387, 2015, n°363, p. 578.

[650] Ch. PAMBOUKIS, *ibid*., spéc. p. 553.

[651] Crit. : Y. LEQUETTE, *ibid*., n°364, p. 582 : « *[l]e fait de ne pas retrouver à propos des situations, tout ce qui fait la qualité des décisions juridictionnelles plaiderait plutôt à notre sens pour une différence de nature. Quoi qu'il en soit, il est certain que cette différence devrait conduire, s'agissant de reconnaître des situations dont l'élaboration offre moins de garanties que celle des décisions, à entendre plus strictement les conditions du contrôle. Curieusement, tel n'est pas le cas, au moins si l'on s'en tient à la pensée des zélateurs de la méthode de la reconnaissance des situations* ».

[652] Arrêt Civ., 17 avr. 1953, *Rivière* : « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français » (*GADIP*, n°26). S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307, spéc. p. 343 : « *les considérations qui fondent l'utilisation de l'un et l'autre des mécanismes sont fondamentalement les mêmes : il s'agit de ne pas remettre en cause des situations constituées sur la foi du point de vue normatif d'un ordre juridique étranger auquel les intéressés se sont légitimement référés* ».

[653] Comp. S. BOLLEE, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *in* P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Ed. A. Pedone, Paris, 2013, p. 113 et s ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 566.

[654] P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », *in* B. Ancel *et al., Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481, spéc. p. 493 et s.

[655] V. sur la question : S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *op. cit.*, spéc. n°30 et s., p. 344 et s. Cette condition recouvre plusieurs options : respect des lois de police, des règles impératives de la loi objectivement désignée par la règle de conflit de loi du for (sur cette dernière option : P. MAYER, *op. cit.*, spéc. p. 571).

152. L'utilité du recours à la méthode de la reconnaissance des situations lorsqu'il est question de normes non étatiques est multiple :

- Comme toute méthode de reconnaissance, l'absence de contrôle de la validité de la situation par rapport à la loi désignée par la règle de conflit de lois permet d'éviter le prisme étatique du passage par une loi étatique. Le contrôle de la situation au regard de normes non étatiques de « l'ordre juridique d'origine », non étatique[656], ne soulève pas de difficultés particulières (sauf d'un point de vue pratique, de connaissance d'un ordre normatif peu familier, à propos duquel les études de droit comparé sont rares). Par ailleurs, on remarquera que l'introduction d'un contrôle de la conformité de la situation aux normes impératives de la loi désignée par le jeu normal des règles de conflit de lois du for complique certes la mise en œuvre de la méthode, mais permettrait d'assurer une certaine harmonie normative éventuellement bienvenue dans un contexte pluraliste[657].

- On remarquera qu'en aucun cas les normes non étatiques ne font directement l'objet de la reconnaissance par le for, puisque c'est la situation en elle-même qui est reconnue[658]. Cet outil pourrait alors être préféré : puisqu'il n'est accordé qu'indirectement effet à la norme non étatique, le monopole étatique dans la production du droit serait sauvegardé. Ainsi, à prendre l'exemple d'une *fatwa* à laquelle les parties concernées se sont conformées en pratique, ce n'est pas la *fatwa* en tant que telle qui est reconnue mais la situation consolidée par l'écoulement du temps et vécue par les parties s'y étant conformées. Il s'agirait en premier lieu de préserver les prévisions (à supposer légitimes) des parties ou de venir assurer le respect de certaines valeurs véhiculées par les droits fondamentaux, et notamment le respect à la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales[659].

- La méthode de reconnaissance des situations permet par ailleurs de « *remédier aux difficultés qu'éprouve la règle de conflit à appréhender certaines institutions inconnues du for* », notamment « *à la complexité de l'adaptation ou de la substitution* »[660]. Si ce problème n'est pas spécifique aux normes non étatiques, il est ici plus probable qu'ailleurs de rencontrer des institutions inconnues du for (mariage religieux, polygamique, impliquant l'intervention de clans[661], etc.).

---

[656] « L'ordre juridique d'origine » a pu en droit comparé être conçu de manière souple et relève peut-être davantage de l'ordre juridique compétent au sens de la théorie de P. PICONE : CA d'Ontario, 4 novembre 1963, *Schwebel v. Ungar* (W. WENGLER, *RCDIP*, 1965, p. 321) : le divorce rabbinique prononcé dans un camp de réfugiés situé en Italie entre deux époux juifs domiciliés en Hongrie s'efforçant de se rendre en Israël pour y fixer leur domicile est jugé efficace, au motif que, lors du remariage de la femme, celle-ci était domiciliée en Israël et que la loi israélienne reconnaissait l'efficacité du divorce rabbinique prononcé en Italie.

[657] Nous nous prononcerons toutefois contre une telle condition (v. *infra* n°589 et s.).

[658] V. *infra* n°553.

[659] Ci-après : Convention européenne des droits de l'homme ou Convention EDH. V. *infra* sur la méthode de reconnaissance des situations, n°553 et s.

[660] L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2013, vol. 357, p. 235, spéc. n°288 et s., p. 446 et s. L'auteure montre l'intérêt de la méthode pour la *kafala* se heurtant en conflit de lois à des problèmes de qualification. V. à ce sujet *infra* n°421.

[661] Rappr. la conception du mariage en Nouvelle-Calédonie selon le droit coutumier : la dissolution de celui-ci est l'affaire des clans, qui font une déclaration devant l'officier d'état civil (délibération du 3 avril 1967). C'est la décision

- Plus concrètement, la méthode de reconnaissance permettrait de pallier les solutions ponctuelles (théorie de l'apparence, conflit de systèmes) utilisées en conflit de lois afin de valider les mariages religieux célébrés dans un Etat qui n'en reconnait pas la validité[662].

153. Conclusion. Les justifications du paradigme étatique diffèrent selon les méthodes. La méthode bilatérale suppose à tout le moins une localisation première étatique (territoriale ou personnelle) : la désignation d'une norme étatique est une exigence inhérente à la méthode, se déployant au cœur de la technique mise en œuvre. En conflit de lois, l'unilatéralisme permet techniquement de désigner, lorsque la *lex fori* n'est pas applicable, un ordre non étatique, à condition que celui-ci, en plus des normes matérielles, connaisse des normes de délimitation du champ d'application de ses normes et l'obligation de les appliquer. Confrontées aux normes religieuses, la méthode unilatérale permet une coordination avec celles-ci. Cependant, un tel traitement se révèle insatisfaisant au regard de la pluralité et diversité des normes non étatiques et la multiplication corrélative des conflits positifs. L'intégration de conditions d'effectivité ou de légitimité ne semble pouvoir se passer d'une certaine reconnaissance étatique de l'ordre non étatique. Enfin, les méthodes de reconnaissance, quant à elles, se fondent en droit positif précisément sur l'intervention d'une autorité publique. Afin de dépasser le paradigme étatique, il apparait nécessaire de proposer une définition satisfaisante de l'ordre non étatique. Par ailleurs, si la méthode de reconnaissance des situations permet d'accorder indirectement relevance à des normes non étatiques, il convient de penser les contours de la méthode, susceptible de saisir des actes privés ne relevant ni d'un ordre étatique, ni d'un ordre non étatique. Avant de construire une définition de la norme non étatique, définir plus précisément la norme étatique apparait utile à la construction d'une notion de norme non étatique.

II- Réflexions sur la notion d'effectivité concrète en droit international privé

154. Les méthodes de droit international privé se pensent difficilement hors du paradigme étatique, bien que le rôle de l'Etat diffère selon celles-ci. Qu'on retienne la méthode bilatérale ou l'unilatéralisme classique, ces méthodes peuvent se heurter à l'absence d'effectivité du pouvoir étatique étranger (difficulté qui reste cependant très limitée pour l'unilatéralisme, pour lequel l'effectivité est parfois érigée en critère de résolution du conflit positif).

On peut observer que d'autres entités que l'Etat au sens du droit international public ont prétention à l'exclusivité dans un territoire donné et pour une population se définissant originellement au regard de ce territoire. Il s'agit premièrement, sans surprise, des Etats fédérés ou entités autonomes reconnues par les Etats. Mais d'autres phénomènes de pouvoir, non reconnus, peuvent également

---

des clans qui est d'ailleurs, selon le droit français, créatrice de droits (CA Nouméa, 22 novembre 1993, arrêt n°567, *Wenehoua c. Watrone*, v. sur la décision R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie : aux sources d'un droit commun coutumier*, lieu inconnu, éditeur inconnu, 2001, p. 125).

[662] V. Civ. 1, 15 juin 1982, *Zagha* (*D.* 1983, p. 431, note E. AGOSTINI ; *RCDIP* 1983, p. 300, note J.-M. BISCHOFF) : la nullité du mariage religieux d'époux syriens en Italie a été « couverte » sous couvert d'un renvoi au second degré en raison de l'effectivité acquise par la suite.

avoir une telle prétention, tout en connaissant une effectivité certaine, voire parfois plus forte que celle étatique (autorités *de facto* venant concurrencer un « *failing state* »[663] par exemple). Dans ces cas, et pour les besoins du droit international privé, il peut apparaitre justifié de les désigner en tant qu'Etat.

Ces nuances apportées sont minimes et la définition du droit international public reste dans la grande majorité des cas entièrement suffisante. Néanmoins, une définition plus fine de ce qui est considéré comme un Etat en droit international privé permet d'élaborer une première distinction avec les normes non étatiques, essentielle pour la compréhension des conditions et du régime de ces dernières.

La définition de l'Etat en droit international privé doit intégrer l'ajout d'une condition supplémentaire à celles retenues en droit international public, celle d'une effectivité concrète, et non d'une effectivité ou légitimité abstraite (A). Cette condition permet en effet de désigner directement une loi pertinente, que ce soit la loi d'un Etat infra-étatique autonome ou celle d'une autorité *de facto* non reconnue comme un Etat en droit international public (B).

A- Le principe : effectivité concrète et rupture avec le droit international public

155. Qu'une entité politique ait une prétention normative exclusive sur un territoire donné et au regard d'une population définie ne suffit pas à caractériser un Etat au sens du droit international privé. Au regard de ses objectifs propres (1), le droit international privé doit comprendre l'Etat comme un pouvoir normatif ayant une effectivité concrète (2).

1) Le besoin d'une définition de l'Etat propre au droit international privé

156. Que le droit international privé raisonne à partir du concept d'Etat de droit international public peut surprendre : en effet, les matières ont des perspectives différentes quant aux rapports internationaux. Alors que le droit international public a vocation à gérer les relations entre Etats ou entre Etats et, plus généralement, les autres sujets du droit international public, le droit international privé a quant à lui pour fonction de réglementer les relations interindividuelles ou privées.

Ainsi, la reconnaissance d'Etat (ou son absence de reconnaissance), condition d'opposabilité subjective de la collectivité étatique au sens du droit international public ayant une dimension politique et symbolique[664], n'a que peu d'importance en droit international privé[665] : après quelques hésitations, la loi d'un Etat non reconnu a pu, à juste titre, être retenue comme loi applicable[666].

---

663 V. *infra* n°165 pour une définition de cette notion.

664 F. POIRAT, v°Etat, *in Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

665 On ne peut donc que rejeter l'approche de H. BATIFFOL et P. LAGARDE. Les auteurs prévoient en effet une incidence de la reconnaissance de droit international public en droit international privé, que nous ne pouvons admettre. « *Il reste cependant que, comme l'observe Bartin, une loi, pour avoir ce caractère, suppose une autorité qui l'édicte (…) Le juge devant lequel un plaideur conteste le caractère de la prétendue loi étrangère invoquée par l'adversaire doit donc se prononcer sur le caractère de l'autorité qui l'édicte. Et l'attitude de son propre gouvernement sera assurément son premier guide ; si celui-ci a reconnu le gouvernement étranger, l'autorité de ce dernier à légiférer sur son territoire se trouve admise juridiquement dans l'ordre international par le pays où le procès se déroule, c'est l'effet essentiel de la reconnaissance (…) Mais si à l'inverse le gouvernement n'a pas reconnu le pouvoir étranger, le juge peut estimer, sans se mettre en contradiction avec cette attitude, que le nouveau pouvoir exerce sur son territoire une véritable autorité* » (*Droit international privé*, Tome I, Paris, LGDJ, 8ème éd., 1993, n°256, p. 432, nous soulignons).

666 Civ. 1, 2 novembre 1971, *Clerget*, v. notamment *Clunet* 1972, p. 267, note R. PINTO pour la compétence internationale ; Civ. 1, 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff*, *GADIP*, n°52, p. 479 et s., *RCDIP*, 1975, p. 426, note Y. LOUSSOUARN pour le conflit de lois. Pour une étude de ces deux décisions, v. not. H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Paris II, 1985, n°251, p. 320.

L'argument décisif en faveur de cette solution est l'effectivité du nouvel Etat, même considéré comme illégitimement constitué. C'est donc la réalité du pouvoir et non sa légitimité ou son effectivité abstraites[667] attachées à sa qualité d'Etat qui a fondé une appréciation divergente en droit international privé. Le critère pertinent est le contrôle effectif et stable d'un territoire et de la population s'y rattachant. Un tel critère peut susciter l'hésitation lorsqu'est en cause un pouvoir autonomiste, notamment au regard de l'exigence de légitimité précédemment dégagée. Nous verrons que certaines conditions doivent cependant être vérifiées[668].

L'effectivité concrète fonde les attentes légitimes des parties : seul un pouvoir normatif concrètement effectif sur un territoire donné peut soumettre des individus et créer une réalité tangible pour ceux-ci[669]. Ils ne peuvent se soustraire à l'application des normes d'un Etat effectif, si ce n'est en émigrant ou en délocalisant leurs activités. Par ailleurs, désigner la loi effective favorise, mais le lien de causalité est toutefois plus ténu, l'harmonie internationale des solutions : il y a de fortes chances que l'Etat concrètement effectif dont la loi est appliquée considère sa loi comme applicable.

Avec une partie de la doctrine allemande[670], il convient d'adopter un concept autonome de l'Etat en droit international privé.

2) L'effectivité concrète du pouvoir normatif de l'Etat

157. L'effectivité, nous l'avons déjà vu, est un fondement important de la relevance de la norme non étatique[671]. En droit international privé, ce principe est d'une importance centrale et guide parfois le principe-même de solution, comme pour la doctrine unilatéraliste, pour laquelle le critère de l'effectivité peut résoudre le conflit positif de lois (la loi choisie est celle qui a le plus de chance de s'imposer matériellement aux parties)[672]. C'est un principe directeur chez Niboyet (pour lequel l'effectivité fonde la territorialité et est confondue avec la souveraineté étatique)[673] comme chez Quadri (selon lequel le droit international privé aurait pour but de constater « *le fait historique de la*

---

667 C. ENGELS, « Die Bedeutung völkerrechtlicher Anerkennungen für das Internationale Privatrecht », *in* C. Engel, H. Weber (éd.), *Festschrift Dietrich Rothoeft*, Jehle-Rehm, Munich, 1994, p. 87, spéc. p. 92 et s.

668 V. *infra* n°164 et s.

669 Ainsi, l'hypothèse de pluralité de nationalités entre une nationalité étatique et celle d'un Etat sans territoire (par exemple kurde), se résoudra toujours en faveur de la première au regard du critère de l'effectivité : l'inscription territoriale de l'Etat étranger est le socle premier de la sanction étatique.

670 D. BUSSE, « New Political Entities and the Conflict of Laws – A German View », *in* A. Shapira, M. Tabory (éd.), *New Political Entities in Public and Private International Law : with Special Reference to the Palestinian Entity*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1999, p. 115, spéc. p. 120 : « *one should consider the territories with their own legal system(s) a State – not politically, but for the purpose of the conflict of laws* » ; K. BAELZ distingue par exemple les « dimension étatique » et « dimension privée ou économique » de l'Etat (K. BAELZ, « "Failing States" im internationalen Wirtschaftsrecht », *Recht der Internationalen Wirtschaft,* 2015, p. 257 ; *IPRax* 2016, p. 531, spéc. p. 534).
Contra, au regard des conséquences politiques et diplomatiques de l'application de la loi d'un Etat non reconnu ainsi qu'au regard de l'harmonie internationale des solutions, considérée cette fois-ci avec l'Etat reconnu : W. WENGLER, « Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts », *Festschrift Lewald*, Bâle, Helbing&Lichtnhahn, 1953, p. 615, spéc. p. 623.

671 V. *supra* n°96 et s.

672 « *L'application effective […] vient […] jouer deux rôles […] elle permet, en effet, de repérer d'abord la volonté d'application d'un système, ensuite pour le cas où plusieurs systèmes manifesteraient cette volonté, elle permet de les départager en confirmant la solution de celui qui a opéré le premier* » (P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 415, spéc. p. 440).

673 *Traité de droit international privé*, Tome III, Paris, Sirey, 1947, p. 196 et s. ; *Cours de droit international privé français*, Paris, Sirey, 2ème éd., 1949.

dépendance d'une certaine situation à un certain ordre juridique (…) ce fait historique exprimant un principe d'effectivité »[674]). Pour ce dernier auteur, l'effectivité intègre une dimension subjective, les attentes des parties[675]. Pour la doctrine bilatéraliste, le concept d'effectivité est une notion qui intervient principalement de manière abstraite au stade de l'élaboration de l'élément de rattachement : « *la règle de conflit peut parfaitement, si l'on choisit correctement le facteur de rattachement, être l'expression de cette adéquation entre le fait et le droit que suppose l'effectivité* »[676].

158. Si l'effectivité irrigue les méthodes conflictuelles à diverses étapes du raisonnement, c'est au stade de l'interprétation de ce qu'il faut comprendre par « Etat », c'est-à-dire du paradigme étatique lui-même, qu'elle a un rôle premier et fondamental à jouer. En cela, les méthodes unilatéralistes sont mieux équipées, puisqu'elles peuvent intégrer l'effectivité *a priori*, dans la détermination des lois « réellement en conflit »[677]. Elles ne postulent pas l'égalité des lois étatiques en conflit (et donc leur effectivité abstraite). Comprendre l'Etat comme le détenteur d'un pouvoir normatif effectif concret permet d'éviter certains écueils de la méthode bilatérale.

D'une part, il s'agit de ne pas aboutir à la désignation d'une loi, certes étatique, mais qui ne correspond à aucune réalité vécue pour les parties au litige (soit qui ne résout pas le *Pflichtenkonflikt*[678], si on adopte la perspective des parties). Tel serait par exemple le cas, pour reprendre un exemple historique, si la loi russe était appliquée et non la loi de l'URSS, ou encore, dans certaines hypothèses, la loi israélienne et non celle palestinienne. La même tension est à observer entre loi étatique et non étatique (loi iranienne *versus* loi *bahaie* pour les membres de cette communauté[679]). Cependant, la nature de la prétention non étatique, qui n'est pas territoriale (au contraire de la prétention étatique ; ce qui ne signifie pas qu'elle ne s'incarne pas spatialement), appelle une réflexion à un autre stade du raisonnement[680].

D'autre part, le détour par la problématique des conflits internes alors qu'il est possible de désigner directement un pouvoir infra-étatique, normatif, territorial et concrètement effectif, est évité.

159. On retiendra une directive d'ordre général : la détermination de l'effectivité concrète s'effectue au regard de la matière dans laquelle s'inscrit le conflit et s'apprécie temporellement en fonction des objectifs de la règle de conflit de lois du for. Ainsi, lorsqu'un Etat fédéré ne connait aucun pouvoir effectif propre pour la matière dans laquelle s'inscrit le litige, il n'y a aucune raison de le considérer comme un Etat au sens du droit international privé. A titre d'exemple, pour la question particulière de l'enlèvement international d'enfant, il convient de vérifier que les autorités de l'Etat étranger sont à même, dans les faits, d'exécuter la décision de retour de l'enfant. Tel est le cas si l'enfant se trouve dans une zone dans laquelle l'Etat exerce une autorité *de facto* en cette matière, peu importe les incertitudes de son statut en droit international public (au regard de son

---

674 Tel que cité par E. FOHRER DEDEURWAERDER, *op. cit.*, n°142, p. 103. V. *supra* n°139 pour certaines précisions quant à la pensée de Quadri.
675 V. *supra* n°139.
676 G. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, Thèse, Nice, 1978, n°3, p. 6.
677 V. pour les normes non étatiques la condition d'effectivité posée par H. MUIR WATT *supra* n°143.
678 W. WENGLER, « Wege zur rechtlichen Steuerung des Verhaltens von Ausländern im Ausland und das internationale Privatrecht », *IPRax* 1983, p. 145.
679 Sur cet exemple (*Oberlandesgericht* Hamm, 29 avril 1992, 15 W 114/91, *IPRax* 1994, p. 49 ; *IPRspr* 1992, Nr 159), v. aussi *infra* n°212, 412.
680 V. *infra* n°409 et s.

pouvoir de fait, l'Etat d'Israël devrait être considéré comme un Etat pour l'application de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfant[681], lorsque l'enfant a été enlevé par un parent et se trouve désormais à Jérusalem-Est[682]).

Reste que si l'effectivité concrète du pouvoir étatique se constate dans les faits, cet examen n'est pas aisé pour le juge saisi du litige. En réalité, la question ne se pose que dans certains cas particuliers, permettant d'amoindrir la difficulté.

B- Appréciation de l'effectivité concrète de l'Etat étranger au sens du droit international privé

160. A ce stade du raisonnement, l'appréciation de la qualification d'Etat, et donc de son effectivité concrète, doit être marquée par la simplicité. Si l'effectivité concrète peut être difficile à apprécier du point de vue du juge français, la difficulté se présente dans deux cas de figure uniquement : en présence d'entités politiques autonomes infra-étatiques (1) et d'autorités *de facto* ayant une prétention étatique (2). En effet, dans les deux cas, les autorités non « étatiques » au sens du droit international public ont des prétentions normatives exclusives sur un territoire et au regard d'une population donnés. Les phénomènes embrassés sont donc très proches de phénomènes étatiques au sens du droit international public.

1) L'Etat infra-étatique comme Etat au sens du droit international privé

161. La doctrine de droit international privé effectue des parallèles entre les conflits internationaux de lois et les conflits internes territoriaux ou les conflits interfédéraux : ceux-ci seraient de même nature[683], convoqueraient un règlement semblable.

La méthode bilatérale suppose l'existence, pour le règlement du litige particulier, d'un pouvoir normatif à vocation exclusive sur un territoire donné ou au regard d'une population s'ancrant dans ce territoire. Au regard de ces conditions, il est possible d'étendre la définition d'Etat aux Etats dits fédérés, qui répondent dans certains domaines à l'ensemble de ces conditions. Ainsi, il serait possible de désigner directement la loi d'un Etat fédéré sans faire le détour par les règles de conflit interne de l'Etat étranger.

Une partie de la doctrine prône la distinction entre conflits interfédéraux et conflits interrégionaux, seuls ces premiers étant de « véritables » conflits internes de lois, au-delà du pluralisme des réglementations étrangères. Les conflits interfédéraux sont définis comme les conflits opposant des

---

[681] Convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

[682] L'*Oberlandesgericht* de Munich a été saisi d'un litige relatif à l'enlèvement international d'un enfant vers l'Allemagne et de son retour à Jérusalem-Est. La question se posait dans des termes différents : il s'agissait de savoir si Jérusalem-Est appartenait à l'Etat d'Israël pour l'application de la Convention. Le tribunal se fonde principalement sur des considérations de droit international public (« les enfants n'avaient pas leur résidence habituelle en Israël avant leur départ pour l'Allemagne, car leur résidence habituelle se trouvait à Jérusalem-Est, qui, selon l'avis du gouvernement fédéral communiqué par voie d'entraide judiciaire et conformément au droit international, ne doit pas être considérée comme faisant partie du territoire d'Israël. Certes, il existe une activité *de facto* à Jérusalem-Est de tribunaux israéliens, mais cela ne change rien au fait que la communauté internationale ne reconnaît pas Jérusalem-Est comme faisant partie du territoire et donc de l'« État d'Israël »). *Oberlandesgericht* Munich, 18 déc. 2015, n°12 UF 1239/15, traduction libre ; pour une critique : P. MANKOWSKI, « Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im IPR und IZVR », *IPRax* 2017, p. 347.

[683] P. MAYER, « L'Etat et le droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 38.

normes émanant de législateurs autonomes[684]. Le faux conflit répondrait à l'hypothèse de l'assignation de domaines d'application distincts des normes : il conviendrait dans ce cas d'appliquer les normes de résolution des conflits internes étrangères[685]. Les conflits véritables pourraient quant à eux être résolus par la règle de conflit de lois. Une telle définition pose la difficile question de la qualification des ordres autonomes religieux, comme les communautés libanaises.

162. La définition que nous retenons à ce stade, soit à celui de la détermination de la qualification d'Etat, est plus restrictive, puisque le pouvoir normatif autonome doit avoir vocation à l'exclusivité, dans le domaine dans lequel s'inscrit le litige, sur un territoire et au regard d'une population donnés, de manière à retrouver les conditions de mise en œuvre de la méthode bilatérale.

- Le caractère autonome du pouvoir normatif n'est pas dénié à certaines communautés pensant l'appartenance de leurs membres de manière personnelle (communauté religieuse au Liban). Seulement, ce pouvoir n'est pas un pouvoir exclusif sur un territoire donné et si la coordination avec de tels ordres normatifs n'est pas exclue, elle ne peut être pensée à ce stade du raisonnement.

- L'existence d'un pouvoir normatif autonome exclusif au regard d'un territoire et d'une population donnée est une atteinte si grande à la définition-même de l'Etat comme détenteur unique du pouvoir normatif qu'elle fera souvent l'objet d'une réglementation et organisation spécifique de l'Etat partageant le même territoire. Ainsi, l'organisation formelle étatique étrangère est un indicateur satisfaisant de l'autonomie de l'ordre normatif non étatique. Il en va ainsi des Etats fédérés mais aussi plus largement des territoires considérés comme autonomes[686] : tel est le cas du « *Indian Country* »[687], territoire sur lequel les populations autochtones des Etats-Unis connaissent une autonomie civile[688].

---

684 H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, *op. cit.*, n°405, p. 472 ; P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12ème éd., 2019, n°93, p. 83, permettant d'identifier les « véritables » conflits. Les auteurs insistent sur l'identité du législateur : si celui-ci est identique, alors il n'existerait pas de véritable conflit.
Pour une critique, mais dans la perspective particulière de l'étude des conflits internes de lois : V. PARISOT, « Les conflits internes », *op. cit.*, spéc. n°424, p. 646. L'auteure distingue entre conflits interfédéraux et interrégionaux de lois au regard non pas uniquement du pouvoir législatif, mais également au regard du pouvoir judiciaire. Ainsi, les conflits interfédéraux de lois concerneraient des « systèmes juridiques » en raison du fait que « *les divers territoires possèdent l'autonomie constitutionnelle et législative ainsi que les autorités d'application, d'interprétation et de création du droit nécessaires à la vie de tels systèmes* ». Les conflits interrégionaux, quant à eux, mettraient « *en présence non pas des systèmes juridiques mais des règles ou ensembles de règles simplement dotées d'un domaine spatial limité à l'intérieur du pays [...]. Ils concernent des règles et non des systèmes juridiques, car la pluralité des règles ne s'accompagne pas d'une pluralité d'autorités autonomes et compétentes pour appliquer, interpréter, créer les règles en question* ».

685 Il s'agirait donc d'une question d'interprétation de la loi étrangère.

686 Sur les Etats autonomiques ou régionaux, v. V. PARISOT, *Les conflits internes de lois, op. cit.*, n°443 et s., p. 669 et s.

687 V. le §1151 du Code des Etats-Unis (titre 18) définissant, toutefois pour l'application du droit pénal, le « *Indian Country* » de la manière suivante : (*a) all land within the limits of any Indian reservation under the jurisdiction of the United States Government, notwithstanding the issuance of any patent, and, including rights-of-way running through the reservation, (b) all dependent Indian communities within the borders of the United States whether within the original or subsequently acquired territory thereof, and whether within or without the limits of state, and (c) all Indian allotments, the Indian titles to which have not been extinguished, including rights-of-way running through the same.*

688 Pour le pouvoir juridictionnel, v. par exemple : *National Farmers Union Insurance Cos. v. Crow Tribe of Indians*, 471 U.S. 845 (1985) ; pour une étude générale : G. VALENCIA-WEBER, « Tribal Courts : Custom and Innovative Law », *New Mexico Law Review*, 24, 1994, p. 225.

L'avantage d'une telle intégration de l'Etat fédéré ou de l'entité reconnue comme autonome sur un certain territoire et au regard d'une population comme Etat au sens du droit international privé est l'absence de détour par la problématique des conflits internes et d'une éventuelle consultation des règles de conflit de lois de l'Etat étranger. En réalité, il n'y a aucun conflit interne étranger à régler, puisque, pour les besoins de la résolution du litige, seules les normes de l'Etat fédéré apportent une solution.

163. Une telle solution n'est pas celle retenue par les règles de droit international privé de source supranationale pour traiter la difficulté que présente la coordination avec un Etat plurilégislatif (ou avec des « systèmes non unifiés »). Deux solutions sont classiquement retenues : l'application des règles de conflits internes de l'Etat étranger (*Vorranglösung*) ou l'application directe de la loi de l'ordre juridique infra-étatique (*Durchgriffslösung*).

Or la règle de l'application directe de la norme infra-étatique dépend de considérations tout à fait étrangères à la prétention à l'exclusivité de l'ordre infra-étatique. Si les solutions sont difficiles à systématiser, on observera que la solution de l'application directe dépend de trois critères :

- Celui de la nature du rattachement : un rattachement territorial (résidence habituelle, domicile, présence de l'enfant, situation d'un bien…) permettrait la désignation directe de l'ordre infra-étatique. Il en va ainsi des conventions de La Haye conclues après 1986[689], du règlement Successions[690] à l'article 36 (2), de l'article 14 Rome III relatif au divorce et à la séparation de corps, de l'article 25 Rome II ou enfin de l'article 22 (1) Rome I (choix d'une loi étatique ou rattachement objectif).

  A l'inverse, lorsque le rattachement retenu est la nationalité, les règles de conflit internes de l'Etat désigné objectivement sont à consulter afin de déterminer les normes pertinentes. A défaut de telles règles, un raisonnement en termes de proximité ou de liens les plus étroits est mené. Cette solution semble constante depuis les Conventions de La Haye du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (art. 1 (2)) et concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (art. 14). On peut en outre citer les articles suivants : l'article 16 2) et 1) e du Protocole du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, et en droit international privé de source européenne les articles 36 (1), (2) b et (3) du règlement Successions, 33 (1) et (2) b du règlement relatif aux régimes matrimoniaux[691], 14 c Rome III (qui laisse cependant très curieusement une place au choix de loi ; il est donc ici possible,

[689] V. par exemple l'article 19 de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort conclue le 1er août 1989 ; l'article 47 de la Convention de La Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants conclue le 19 octobre 1996.

[690] Règlement (UE) n°650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

[691] Règlement (UE) n°2016/1103 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

si on choisit le droit de la nationalité et que l'Etat ne possède pas de règles de conflit interne de lois, d'opérer un libre choix sans contrainte[692]).

Le critère du rattachement ne permet cependant pas de rendre compte de la complexité du droit positif en ce qui concerne la consultation des règles de conflit internes étrangères. En effet, la désignation directe en raison du rattachement géographique n'est parfois que subsidiaire. De nombreux instruments prévoient en effet l'application prioritaire des règles de conflit internes étrangères lorsque celles-ci existent. Il en va ainsi des articles 16 (2) du Protocole de 2007 relatif aux obligations alimentaires, 48 de la Convention de La Haye de 1996 relative à la responsabilité parentale et aux mesures de protection des enfants[693], 46 de la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, 36 (1) du règlement Successions de 2012, ou enfin de l'article 33 (1) du règlement de 2016 relatif aux régimes matrimoniaux.

- Le critère de la nature du conflit semble parfois organiser la distinction entre application directe de la norme infra-étatique et consultation des règles de conflit internes étrangères. Ainsi, les règlements Rome III, Successions et Régimes matrimoniaux opèrent expressément une distinction en fonction des conflits « interpersonnels » et « territoriaux », en prévoyant uniquement dans ce dernier cas une possible désignation directe d'une norme non étatique. Dans le cas des conflits interpersonnels, il convient de consulter les règles de conflit étrangères et en leur absence utiliser un raisonnement en termes de proximité (art. 15 Rome III, 37 Règlement Successions, 34 Règlement Régimes matrimoniaux).

- Un nouveau critère, celui de la matière à laquelle se rattache le litige, semble pouvoir être décelé à l'examen des derniers règlements européens adoptés : dans les matières traditionnellement considérées comme relatives aux relations familiales (incluant les successions), la consultation des règles de conflit internes étrangères semble être privilégiée : même lorsque le rattachement est géographiquement localisable, les règles internes de conflit sont prioritairement consultées[694].
  On remarquera par ailleurs que le traitement du choix explicite d'une norme infraétatique en vertu du principe d'autonomie est réglé de manière distincte en fonction de la matière : les articles 3 et 22 (1) Rome I, 14 et 25 (1) Rome II permettent sans aucune limite la désignation d'une norme infra-étatique. Le choix est toutefois encadré lorsque certaines parties nécessitent une protection particulière. Le règlement Rome III consacre une solution tout à fait étonnante, permettant, lorsque le droit choisi est celui de la nationalité des parties, de choisir librement sans contrainte la norme infra-étatique applicable en l'absence de règles de conflit internes (14 c Rome III). Une solution en termes proximistes aurait pu sembler davantage adaptée, à l'image du règlement Successions, qui ne permet

[692] Une autre solution, plus convaincante, serait celle de l'article 36 du Règlement Successions (v. *infra* n°265 et s.).
[693] Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.
[694] Art. 14 et 15 du règlement Rome III, 36 et 37 du règlement Successions et 33 et 34 du règlement Régimes matrimoniaux.

pas le libre choix dans le cas précis de l'absence de règles de conflit internes étrangères, mais énonce un rattachement proximiste (art. 36 (2) b).

Ces solutions ne paraissent cependant pas entièrement justifiées :

- Un rattachement territorial ne peut mener à la désignation directe d'une norme infra-étatique, sauf précisément dans le cas où l'entité infra-étatique peut être considérée comme un Etat au sens du droit international privé[695].

- La catégorie du conflit de nature territoriale regroupe à la fois la problématique des Etats fédérés, ou autonomes, ainsi que le pluralisme législatif de l'Etat étranger, prévoyant des règles différentes sur différentes portions de son territoire. Alors que pour le premier cas, une désignation directe a du sens et peut être effectuée par la règle de conflit de lois, pour le second, la seule solution envisageable est l'application du droit étatique. On peut cependant douter de la justesse de la distinction entre conflit interpersonnel et conflit territorial en fonction de leur nature[696]. Il existe en effet des conflits à la fois personnels et territoriaux (v. le cas du « *Indian country* »[697]). En réalité, cette distinction selon la « nature » du conflit est plutôt effectuée au regard du critère, personnel ou territorial, de différenciation ou de répartition retenu par l'Etat étranger initialement désigné par la règle de conflit de lois. Or, il est contradictoire de rechercher l'application directe de normes infra-étatiques en retenant une qualification étatique.

2) L'autorité de facto comme Etat au sens du droit international privé

164. Un autre cas de figure est celui de l'appréciation de l'effectivité concrète en présence de revendications étatiques concurrentes au regard d'un même territoire et d'une même population. Il s'agit d'opérer un choix entre ordres juridiques à prétention identique, qui peuvent s'exprimer de manière temporelle (succession d'Etats), mais pas uniquement (annexion, occupation, déclaration d'indépendance). Une telle situation n'est pas rare à travers le monde ; on l'observe en Crimée, en Palestine, en Chypre du Nord…

Dans ce cas, si l'effectivité concrète est difficilement appréciable, il reste qu'il s'agit du seul outil permettant de trancher entre ces prétentions et de déterminer l'Etat dont la loi est applicable (tout comme l'effectivité est le seul outil permettant de départager entre plusieurs nationalités lorsque la nationalité du for n'est pas en jeu[698]). Il s'agit d'une appréciation purement factuelle de la réalité du pouvoir de l'entité étatique sur son territoire ou une partie de celui-ci. A ce titre, la reconnaissance au sens du droit international public, n'est pas en tant que tel un indicateur pertinent (bien que commode pour le juge), tout comme les réactions des instances internationales. Il en va de même

695 V. *supra* n°161 et s.
696 V. également : V. PARISOT, *op. cit.*
697 V. *supra* n°684 et note de bas de page ; K. FLOREY, « Choosing Tribal Law : Why State Choice-of-Law Principles Should Apply to Disputes with Tribal Contacts », *American University Law Review*, 2006, vol. 55, p. 1627.
698 CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *R.* 1955, p. 22 ; 5 février 1970, *Barcelona Traction*, *R.*, 1970, § 70, p. 42. V. pour des précisions et nuances au sein de l'espace européen : E. PATAUT, « Contrôle de l'État ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité », *RCDIP* 2021, p. 747 (« *[p]révaudra alors sur l'effectivité la considération de la jouissance de son droit par le citoyen européen et, au-delà, par le justiciable : le droit subjectif supplante l'effectivité* »).

de l'affirmation de la volonté d'être considéré comme un Etat pour le règlement des affaires civiles, qui pourrait être déduite de conventions internationales[699] ou encore du changement de capitale.

Comme vu précédemment, l'effectivité concrète s'apprécie au regard du litige particulier et à l'aide d'un faisceau d'indices. A reprendre l'exemple précité de l'enlèvement international d'un enfant à Jérusalem-Est, il convient de vérifier concrètement si les autorités israéliennes sont en mesure de procéder au retour de l'enfant, soit si elles sont opérationnelles sur ce territoire. Dans d'autres cas, il s'agira de regarder si le système juridictionnel étranger, pour les litiges considérés par le for comme privés, fonctionne et que des sanctions ont pu être prononcées et suivies. La croyance, même erronée, des parties peut également être un indice pertinent.

Ainsi, une puissance occupant de manière effective un territoire peut être considérée comme un Etat au sens du droit international privé, peu important à ce stade sa légitimité[700]. En effet, appliquer la norme de l'Etat considéré comme légitime reviendrait à appliquer une norme n'ayant pas de réalité pour les parties, qui ne peuvent se conformer qu'à la norme effective. L'application du droit antérieur n'a pas de sens lorsque le droit « nouveau » s'impose dans les faits[701]. Telle solution a pu être retenue en France dans l'arrêt *Stroganoff*[702]. Selon la Haute juridiction, « *[l]e défaut de reconnaissance d'un gouvernement étranger ne permet pas au juge français de méconnaitre les lois de droit privé édictées par ce gouvernement, antérieurement à sa reconnaissance, pour le territoire sur lequel il exerçait effectivement son autorité* ».

165. La situation est cependant différente lorsqu'il n'y a pas d'alternative aisément identifiable à un pouvoir étatique défaillant. Il s'agit de la problématique du « *failing state* », soit lorsque l'autorité publique de l'Etat est tellement affaiblie qu'il n'est plus en mesure d'assurer ses fonctions étatiques principales, comme d'assurer la sécurité des citoyens, l'ordre, ou la justice[703]. Dans ces cas, on observe parfois l'existence de tribunaux spontanés reconnus[704] ou non par l'Etat : tribunaux islamiques en Somalie ou dans les territoires contrôlés par l'Etat islamique[705], « *majlis 'urfi* » aux Proche et Moyen-Orient, tribunaux coutumiers[706]. Ces tribunaux représentent une alternative par rapport aux tribunaux étatiques, voire la seule alternative judiciaire disponible lorsque les tribunaux étatiques ne fonctionnent pas ou plus. Leur importance est telle qu'un auteur se demande si les

---

699 Pour retenir l'autonomie civile de la Palestine, D. BUSSE cite notamment l'accord intérimaire israélo-palestinien sur la Rive occidentale et la bande de Gaza de 1995 (« New Political Entities and the Conflict of Laws – A German View », *in* A. Shapira, M. Tabory (éd.), *New Political Entities in Public and Private International Law : with Special Reference to the Palestinian Entity*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1999, p. 115).

700 Par conséquent, l'idée d'une *« Vorbehaltsklausel der Humanität* » (exception à l'application du droit légitime, lorsque celui-ci aurait des conséquences intolérables pour les personnes privées) est à rejeter. V. sur le sujet W. WENGLER, « Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts », *op. cit.*, spéc. p. 629.

701 V. sur ce sujet : M. KARAYANNI, « Choice of Law under Occupation : How Israeli law came to serve Palestinian plaintiffs », *Journal of Private International Law*, 2009 (5), p. 1.

702 Civ. 1, 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff*, *GADIP*, n°52, p. 479 et s., note Y. LOUSSOUARN.

703 D. THÜRER, « Failing States », *in* W. Rüdiger *et alii*, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law,* Oxford, New York, Oxford University Press, 2012, spéc. n°8: « *From a legal point of view it can be said that a failing State is one which, though retaining legal capacity, has for all practical purposes lost the ability to exercise it on its territory* ».

704 Ainsi en Mauritanie, v. l'article 58 de l'ordonnance n°2007/012 portant sur l'organisation judicaire.

705 K. BAELZ, « "Failing States" im internationalen Wirtschaftsrecht », *Recht der Interantionalen Wirtschaft,* 2015, p. 257, spéc. p. 262.

706 Pour l'Afghanistan, v. : N. COBURN, J. DEMPSEY, « Informal Dispute Resolution in Afghanistan », *Unites States Institute for Peace Special Report* 247, August 2010 (http://www.usip.org/sites/default/files/resources/sr247_0.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

entreprises internationales pourraient utiliser ces institutions et s'interroge sur les possibilités de reconnaissance de la « décision » rendue (notamment en tant que sentence arbitrale)[707].

166. Certains auteurs ont pu plaider en faveur de l'application de la loi de l'Etat, même défaillant, au motif qu'une telle solution serait guidée par des motifs de sécurité juridique en droit international privé, faisant écho au principe de continuité de droit international public[708]. Nous ne sommes pas de cet avis : la désignation de la loi d'un Etat défaillant et non de normes non étatiques effectives peut venir réduire à néant les prévisions des parties, nées au regard des normes non étatiques. Le litige étant international, et en l'absence d'autorité locale ayant un pouvoir normatif et territorial effectif, il convient de préférer, *a priori*, l'alternative suivante : chercher un rattachement subsidiaire à l'application de la loi de l'Etat non effectif, ou à défaut, et dans ce cas précis où les objectifs de la règle de conflit de lois ne peuvent être atteints, d'appliquer la *lex fori*[709]. L'autorité *de facto*, peu considérée sur le terrain du droit international public, a ainsi une relevance en droit international privé. Cette relevance peut également s'exprimer sur le terrain de la reconnaissance des situations : on pourrait par exemple songer, nous y reviendrons, à reconnaitre la répudiation prononcée par ou devant un tribunal islamique somalien[710].

167. Conclusion de la section. L'Etat au sens du droit international privé intègre une condition d'effectivité concrète du pouvoir normatif qui vient créer le départ avec la définition retenue en droit international public. L'Etat est donc le pouvoir normatif ayant une vocation exclusive sur un territoire donné et une population considérée comme ancrée sur ce territoire. La désignation d'un Etat est nécessaire à la mise en œuvre de la méthode bilatérale, puisque deux éléments-clés de la notion sont articulés, permettant la désignation d'une norme unique : la vocation exclusive du pouvoir normatif et celle de territoire (ou de population comprise en lien avec celui-ci). Les méthodes unilatérales permettent *a priori* de désigner avec davantage de souplesse une norme non étatique, puisqu'elles ne supposent pas une certaine égalité et universalité des normes en concurrence. Cependant, hors du paradigme étatique, les nécessaires critères supplémentaires sont difficilement imaginables. L'ouverture aux normes non étatiques semble plus prometteuse sur le terrain des méthodes de reconnaissance mais ne saurait se passer d'une définition précise de ce qu'il faut comprendre par norme non étatique.

L'effectivité concrète irrigue le droit international privé, quelle que soit la méthode et à plusieurs étapes du raisonnement conflictuel. La penser à l'étape de la qualification d'Etat permet de résoudre certaines difficultés de la méthode bilatérale : la désignation de la loi d'un Etat défaillant, comme le détour par les conflits de lois internes lorsque l'autorité locale répond aux critères étatiques. Lorsqu'il est question de la désignation de l'Etat pertinent en présence de prétentions étatiques concurrentes, le seul outil disponible pour apprécier l'effectivité concrète est l'existence d'un faisceau d'indices, apprécié au regard de la matière dans laquelle s'inscrit le litige selon le for. La

[707] K. BAELZ, *op. cit.*, spéc. p. 357.
[708] K. BAELZ, « Zerfallende Staaten im internationalen Rechtsverkehr : Völkerrecht und Internationales Privatrecht », *IPRax* 2016, p. 531.
[709] Nous verrons qu'en réalité, il n'est pas possible de trouver de rattachement subsidiaire satisfaisant et qu'il est préférable, dans certains cas précis, de faire jouer le mécanisme de l'exception d'incompétence du juge français : v. *infra* n°409 et s.
[710] V. *infra* n°564 et s.

technique du faisceau d'indices apparait suffisante pour départager des prétentions normatives étatiques, en concurrence « parfaite ».

La problématique de l'accueil de normes non étatiques est ainsi précisée : il ne s'agit pas de faire le choix entre des prétentions normatives équivalentes sur un territoire donné et au regard d'une population définie au regard de ce dernier. La solution de la concurrence entre prétentions normatives étatiques et non étatiques ne peut être résolu par le critère de l'effectivité concrète, puisque l'effectivité de la norme non étatique est de nature différente de la norme étatique : la sanction sociale remplace la sanction juridique[711].

[711] Sur la distinction entre sanction sociale et juridique : v. *supra*, n°87, sur le refus de considérer tout groupe social comme ordre juridique et *infra* n°173 et s. sur des précisions quant à la notion de sanction sociale.

Section 2 : Une définition de la norme non étatique partiellement tributaire de l'ordre étatique

168. La norme non étatique n'a pas de vocation exclusive sur un territoire donné et envers une population se rapportant à celui-ci. Cette première distinction, cardinale, entre norme étatique et non étatique est liée à la notion centrale de territoire. Elle vient préciser la notion de norme non étatique et isoler les difficultés particulières qu'elle soulève. Puisqu'elle ne s'inscrit pas sur un territoire, son effectivité ne peut s'apprécier au regard d'éléments de fait venant montrer la réalité du pouvoir normatif sur un territoire donné. De nature radicalement différente de la norme étatique, elle coexiste nécessairement avec celle-ci.

La proposition d'une définition de la norme non étatique relevante en droit international privé devra articuler les éléments dégagés dans le premier chapitre : normativité, légitimité, effectivité et autonomie.

La norme non étatique s'inscrit dans un ordre normatif au sens institutionnel caractérisé par l'existence d'une instance autonome de règlement des conflits (I). Au regard de la diversité des ordres normatifs remplissant cette condition, et de la difficulté de l'appréciation de leur effectivité et de leur légitimité, le critère premier au regard de laquelle celle-ci s'apprécie est l'accès de la décision rendue à une sanction étatique (II).

I- La norme non étatique appartient à un ordre institutionnel caractérisé par l'existence d'une instance de règlement des conflits

169. Retenir que la norme non étatique doit appartenir à un ordre normatif caractérisé par l'existence d'une instance de règlement des conflits revient à prendre position dans le débat opposant normativisme et institutionnalisme, au profit de cette dernière théorie. Afin de justifier cette position, nous partirons des particularités du droit international privé. Admettre la théorie de l'institution comporte cependant le risque majeur de retenir des critères étatiques afin de caractériser celle-ci, réduisant fortement l'ouverture aux normes non étatiques (A). On se contentera ainsi, à ce stade, de retenir l'existence d'une instance effective de règlement des conflits (B).

A- Une nécessaire approche institutionnelle

170. Une approche centrée uniquement sur l'existence d'une norme étrangère ne suffit pas (1). Répondre aux enjeux d'autonomie, d'effectivité et de légitimité nécessite de penser l'ordre normatif étranger comme institution. Penser l'institution comporte le risque de retenir une interprétation de celle-ci niant la différence de nature de la norme non étatique (2).

1) L'insuffisance d'une approche purement normative

171. Pour les besoins des méthodes de conflit de lois comme de celles de la reconnaissance, la norme étrangère doit pouvoir être utilisée comme norme-base de déduction[712]. Comprise comme

[712] V. *supra* n°94.

tout énoncé rationnel dont il est possible de déduire la solution du litige concret, il est impossible de faire le départ entre norme étatique, énoncé savant, règle de jeu, ou encore norme familiale. Comprise comme un énoncé à la fois rationnel et impératif, la notion d'impérativité doit être précisée : celle-ci peut en effet être de nature personnelle (d'ordre « moral » au sens restreint), consensuelle, sociale, étatique[713]. Ces différents types d'impérativité peuvent connaitre des intensités diverses (une impérativité morale peut être éventuellement plus contraignante qu'une impérativité étatique). Reste qu'elles sont de nature différente et que le type d'impérativité retenu doit répondre aux critères de légitimité et d'effectivité[714].

172. L'enjeu premier est ainsi de tracer la frontière entre norme et acte privé. Il n'est en effet nullement question de valider les opérations des parties en appliquant des normes dont elles souhaitent l'application ; l'hypothèse du contrat sans loi a toujours été refusée[715]. La norme non étatique doit ainsi émaner d'une autorité extérieure aux parties.

La distinction se fonde sur l'existence d'un ordre susceptible d'imposer un devoir de conduite, soit de sanctionner la déviance à celui-ci.

- Seulement dans le cas où la norme émane d'un tel ordre, les parties sont dans une situation digne de protection : ignorer la norme étrangère revient à créer des situations boiteuses en raison d'un *Pflichtenkonflikt* que les parties ne peuvent autrement résoudre. Or, le droit international privé a précisément vocation à lutter contre ces situations. Cet ordre doit par ailleurs être indépendant de l'ordre juridique français, et ce considéré du point de vue de ce dernier[716], de telle sorte qu'il n'y aurait aucun sens à prononcer la nullité de la norme émise par l'ordre normatif étranger.

- Par ailleurs, ignorer une norme non étatique effective comporte le risque que les parties ne se conforment pas au jugement français, venant ainsi nuire à l'effectivité même du droit français.

---

713 V. pour une perspective sociologique : M. WEBER, « Les trois types purs de la domination légitime », trad. E. Kauffmann, *Sociologie*, vol. 5, n°3, 2014, p. 291.

714 V. *supra* n°96 et s.

715 Le contrat sans loi peut être défini comme « *un contrat détaché de toute loi étatique […] dont le régime juridique serait exclusivement fixé par les stipulations contractuelles* » (L. GANNAGE, « Le contrat sans loi en droit international privé », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007 (vol. 11), p. 1, spéc. p. 1et s. V. aussi : D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n°1387, p. 597 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, Partie spéciale, PUF, Thémis, 5ème éd., 2021, n°897, p. 408 et s. ; P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat – Droit privé, 12ème éd., 2019, n°741 et s., p. 516 et s.). Pour une critique radicale : V. HEUZE, *La réglementation française, op. cit.*, n°199 et s., p. 111 et s.
Les tribunaux français ont toujours refusé qu'une situation juridique puisse être régie par la seule volonté des parties ; la solution est constante depuis l'arrêt *Messageries maritimes* du 21 juin 1950 : « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un État » (Civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, *D.* 1951, p. 749, note J. HAMEL ; *RCDIP* 1950, p. 609, note H. BATIFFOL ; *S.* 1952.I.1, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1950, II, 5812, note J.-PH. LÉVY ; *GADIP* n°22 ; L. GANNAGE, « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé », *in Le monde du droit : écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p. 417 ; « Le contrat sans loi en droit international privé », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007 (vol. 11), p. 1, spéc. p. 10 et s.). Même un dépeçage poussé de la loi applicable revenant *« à permettre aux parties de se constituer un régime juridique substantiel sur mesure* », autorisé par l'article 3 § 1 du règlement Rome I, ne permet pas de s'affranchir de toute loi étatique (P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », ***JDI*** 2016, p. 409, spéc. n°38).

716 V. *supra* n°112 et s.

La norme étrangère doit ainsi être susceptible d'une sanction effective, que celle-ci soit juridique ou non. La sanction non juridique suppose l'existence d'une collectivité humaine restreinte (ou d'un lien social fort), sans laquelle elle ne peut être admise[717]. Si la sanction juridique peut s'ajouter à la sanction sociale, l'autonomie nécessaire à l'admission d'un ordre normatif étranger suppose que cet ordre connaisse, *a minima*, ses propres mécanismes de sanction du comportement déviant.

173. Définition de la sanction sociale. La sanction est, selon Durkheim, l'élément constitutif de tous les phénomènes sociaux, que l'auteur définit alors comme des « *types de conduite ou de pensée…doués d'une puissance impérative et coercitive en vertu de laquelle…, ils s'imposent au sujet, qu'il le veuille ou non* »[718]. Elle prend souvent la forme d'une « *pression sociale indifférenciée* » ; « *[s]elon les cas, le contrevenant se verra regarder de travers, blâmer, infliger des rétorsions et tracasseries diverses, voire exclure du groupe ou du sous-groupe considéré* »[719]. Certains auteurs reconnaissent une identité de nature entre sanction sociale et juridique, la sanction juridique n'étant qu'un type de sanction sociale[720]. Ainsi, au sens large, la sanction peut être comprise comme « *toute mesure, peine, réparation ou récompense, prise dans le but d'assurer le respect d'une obligation [juridique]* »[721]. Autrement formulée, la sanction est la réaction d'autrui face au manquement ou à l'accomplissement d'un devoir de conduite[722].

A titre d'exemple de sanctions sociales, J. Cedras met en lumière différents mécanismes ayant cours au sein de communautés qu'on aurait tendance à qualifier de communautés d'intérêt, mécanismes de sanction extra-juridique (ici à l'obligation de négocier la formation du contrat). Ainsi, « *[b]ien souvent, la considération de l'opinion du milieu est suffisamment forte pour agir, en quelque sorte, à titre dissuasif. La brèche creusée dans la réputation du négociateur incorrect peut être sanctionnée, au maximum, par l'exclusion du groupe, par la mise au ban de la société commerçante. Occulte et efficace, la liste noire garantit sans doute la loyauté de bien des négociations* »[723]. A l'exclusion du groupe, on peut ajouter des manifestations variables de la sanction : représailles physiques, fin d'une coopération, sorcellerie, ou encore appel à un tiers-intervenant[724].

On peut également, à titre d'exemple, citer un mécanisme connu de l'ordre hébraïque : les parties juives refusant de comparaitre devant un tribunal hébraïque peuvent se voir émettre à leur encontre une déclaration publique (*seruv*) pour les contraindre à se présenter devant la justice hébraïque. Les implications pratiques varient en fonction de la communauté, mais peuvent aller jusqu'à l'exclusion

---

717 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, n°127 et s., p. 137 et s.

718 E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1973, p. 4, tel que cité par : J.-F. PERRIN, « Règle », *APD* 1990, p. 245, spéc. p. 249.

719 Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 11ème éd., 2021, p. 40.

720 V. E. EHRLICH (*Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *op. cit.*, p. 63 et s.), tel que cité par J. GRIFFITHS : « *a man conducts himself according to law, chiefly because this is made imperative by his social relations. In this respect the legal norm does not differ from the other norms. The state is not the only association that exercises coercion ; there is an untold number of associations in society that exercise it much more forcibly than the state* » (« What is Legal Pluralism ? », *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, 1986, vol. 24, p. 26).

721 A. LAQUIEZES, v°Sanction, *in Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*

722 V. également en ce sens : S. BENISTY, *op. cit.*, n°74 et s., p. 82 et s.

723 J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD Com.* 1985, p. 265, spéc. 282. V. déjà *supra* n°97.

724 S. ROBERTS, *Order and Dispute, An Introduction to Legal Anthropology*, New Orleans, Qui Pro Books, 2ème éd., 2013 [1979], p. 25 et s. Chez les Orokaiva de Nouvelle Guinée, lorsqu'un vol de noix de coco a eu lieu, il suffit de marquer de manière visible par tous l'emplacement du vol, provoquant la honte du voleur à chaque fois qu'il passe devant (*ibid.*, p. 42, se référant à F. E. WILLIAMS, *Orokaiva Society*, Londres, 1930).

d'une participation aux cérémonies religieuses, le déni de certains « droits », le renvoi d'une école religieuse ou encore le refus d'entamer ou de continuer des relations commerciales[725].

En résumé, S. Benisty retient que la sanction sociale « *se spécifie par un jeu complexe et nuancé de jugements apologiques et critiques, de mécaniques d'intégration au groupe et d'ostracisme qui protègent ou menacent l'individu au comportement conforme ou déviant* »[726].

174. La sanction suppose donc un groupe social, mais surtout un lien social suffisamment dense, indispensable à son existence même. Ce lien se réalise notamment dans l'idée d'un intérêt commun, d'une mission, d'une œuvre, chez Hauriou comme chez Gurvitch[727]. Selon le premier de ces auteurs, le groupe social est composé de « *plusieurs individus qui coexistent ou se succèdent, unis par un intérêt commun ou constant, ou par le dessein, la mission qu'ils poursuivent* »[728]. Pour le second, le lien social est la source-même du « droit social », un des trois types de droit dégagés par l'auteur[729].

Or, dès lors que la sanction du devoir de conduite véhiculé par la norme est placée au premier plan, on admet nécessairement l'idée d'institution et son fondement social.

2) Le risque de ne retenir que des critères étatiques

175. Adopter la théorie institutionnelle comporte le risque de retenir des critères ne tenant pas compte de la nature spécifique de la norme non étatique[730] : à exiger que l'ordre juridique comprenne un législateur, des juridictions et des sanctions, voire des normes de coordination, un corps de juristes, une constitution[731], le risque est grand de ne retenir la relevance que d'ordres étatiques (voire d'Etats-Nation), archétypes de l'institution[732].

Un tel risque est fondé sur l'ambiguïté du terme « institution », qui renvoie dans la théorie romanienne à l'existence d'un corps social (permettant de s'affranchir du cadre étatique) et également à un ensemble de « *structures politiques et sociales établies par la loi ou la coutume et qui régissent*

---

725 G. FRIED, « The Collision of Church and State : A Primer to Beth Din Arbitration and the New York Secular Courts », *Fordham Urban Law Journal*, janvier 2004, vol. 31 (2), p. 633, spéc. p. 638 et p. 651. Dans certaines communautés juives, le *seruv* serait selon l'auteur « *a formidable threat* » (p. 651) ; Ch. PAMBOUKIS, Compte rendu de l'ouvrage Why Religious Freedom Matters for Democracy. Comparative Reflections from Britain and France for a Democratic « Vivre Ensemble », par Myriam Hunter-Henin, *RCDIP*, 2021, p. 499 : « *C'est ainsi que la solution importante et juste de la CEDH dans l'affaire Molla Sali (la charia, le droit successoral et les droits fondamentaux, Rev. crit. DIP 2019. 1002), qui a consacré la liberté de choix en faveur du régime juridique de droit commun au détriment du système religieux de la sharia (not. en matière de succession musulmane), risque de devenir lettre morte et d'autres mesures sont certainement nécessaires afin de garantir effectivement la liberté et la laïcité au sein même du groupe religieux minoritaire contre l'oppression de celui-ci à l'égard de certaines de ses membres* ».

726 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.,* n°60, p. 72.

727 J. LE GOFF, *Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*, Michalon, coll. « Le bien commun », Paris, 2012 ; J.-G. BELLEY, « Le « droit social » de Gurvitch : trop beau pour être vrai ? », *Droit et société*, vol. 88, n°3, 2014, p. 731.

728 M. HAURIOU, « Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1928, p. 27. Hauriou retient « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressés à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communions dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* » (« La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, 1925 (reproduit *in* S. Goyard-Fabre (dir.), *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 89, spéc. p. 96). Rappr. S. ROMANO, *L'ordre juridique, op. cit.*, §12, p. 27.

729 G. GURVITCH, *Traité de sociologie*, Tome II, Paris, PUF, 1968, p. 173 et s.

730 Sur le risque inverse, celui de confusion entre groupe social très souplement entendu et ordre juridique : v. *supra* n°88.

731 Rappr. les critères retenus par R. LIBCHABER (*L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, n°154, p. 201 et s.).

732 V. déjà *supra* n°90.

un État donné » (soit ce qui est institué par l'Etat)[733]. Or, il faut se garder d'opérer une telle assimilation. D'une part, car il existe des corps sociaux sans structure formellement établie. Tel est le cas des « sociétés simples », au sein desquelles s'opère un contrôle social direct des comportements déviants, effectué par les autres membres de la société[734]. La société simple ne connait pas nécessairement de structures officiellement établies : la norme sociale peut être diffuse (fondée sur la tradition), tout comme sa sanction (réprobations collectives). En effet, c'est lorsque la société devient complexe, soit lorsque les « *groupes fondés sur d'autres critères que la parenté* » se multiplient, que l'existence « *d'un organe investi, à des degrés variables, du pouvoir politique* » devient nécessaire[735].

La coordination avec les sociétés simples est cependant difficile à envisager : en plus des difficultés de détermination du contenu de la loi étrangère, l'existence de structures établies est le gage de la réalité de la norme étrangère. L'existence de structures politiques ou sociales n'est cependant pas inhérente à la conception de l'Etat moderne. On peut ainsi à titre général observer que des structures politiques répondent à des types de domination traditionnelle, au sens de Weber (chef de clan par exemple, réunion d'un conseil spécifique en cas de conflit…) [736]. Ces structures ont bien souvent en commun de ne pas connaitre nécessairement, au contraire de l'Etat, un appareil spécialisé de gouvernement.

A suivre une approche plus spécifique au droit international privé, on retiendra que certains ordres normatifs non étatiques connaissent, pour les domaines considérés comme « civils » par l'ordre juridique français, des structures ou organes normatifs, édictant ou sanctionnant des devoirs de conduite. Tel est le cas par exemple de l'ordre hébraïque, qui connait l'institution judiciaire des *Beth Din*, venant gérer les conflits dans de nombreux domaines, et tout particulièrement dans le domaine familial[737].

176. A la différence de l'Etat moderne, ces ordres ne comprennent pas invariablement une instance de commandement (dans la figure du chef), une instance de règlement des différends (dans la figure du juge) et des organes spécialisés de sanction.

- Nombre d'ordres normatifs ne connaissent pas d'appareil de coercition spécifique, mais un système de sanctions sociales diffuses (réprobation verbale par les membres du groupe par exemple).

- Les normes ne sont pas nécessairement édictées de manière consciente et explicite, et donc sous forme codifiée. Il n'existe pas nécessairement de corps de professionnels, venant restaurer une forme systémique à l'ensemble normatif.

---

[733] Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL), v°Institution, *in Trésor de la langue française informatisé (TLFI)*, sens I B 2 (https://www.cnrtl.fr/definition/institution, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024). Ce n'est par ailleurs pas l'unique ambiguïté de ce terme.

[734] S. ROBERTS, *Order and Dispute, An Introduction to Legal Anthropology*, *op. cit.*

[735] N. ROULAND, *Aux confins du droit,* Paris, éd. Odile Jacob, 1991, p. 67.

[736] M. WEBER, « Les trois types purs de la domination légitime », trad. E. Kauffmann, *Sociologie*, vol. 5, n°3, 2014, p. 291.

[737] V. déjà *supra* n°173 et *infra* n°572, sur l'obligation hébraïque de connaitre des instances judiciaires de cette communauté.

- Certains ordres religieux ne connaissent pas la figure du chef, mais connaissent des instances de règlement des différends. Au contraire notamment de l'ordre musulman, l'ordre hébraïque se conçoit comme fondamentalement distinct du politique[738]. Certaines communautés ethniques connaissent également des instances d'apaisement des conflits sans figure avérée de pouvoir de commandement[739].

- Parfois les normes ne sont utilisées que comme bases de solution, comme cadre de négociation de la solution[740].

177. Les situations sont en réalité très diverses. L'idée à retenir est celle-ci : exiger un ensemble d'institutions législatives, juridictionnelles et d'exécution des sanctions revient nécessairement à adopter une définition de l'ordre normatif très proche de l'ordre juridique étatique. Afin d'éviter cette assimilation, l'ordre normatif peut être caractérisé dès lors qu'une de ces institutions, au sens d'organe institué, existe. L'existence de celle-ci montre la réalité de l'ordre normatif, sans pour autant nier sa nature spécifique. Notre choix se portera, en raison même des objectifs du droit international privé, sur l'existence d'une instance de règlement des conflits.

B- Le critère de l'existence d'une instance de règlement des conflits

178. Retenir l'intégration de la norme étrangère non étatique à un ordre institutionnel (compris comme comportant des organes normatifs réels) comporte plusieurs avantages, car cette intégration est le gage :

- D'une certaine permanence, stabilité dans le temps de la norme étrangère et peut ainsi fonder des prévisions des parties, en accord avec l'objectif de sécurité juridique guidant le droit international privé.

- D'une identification de la norme étrangère (règles émises par une autorité, compilations de décisions, certificats de coutume[741]). L'existence d'organes réels permet d'appréhender la norme étrangère comme produit ou outil de ceux-ci. Les organes réels sont observables, au contraire de la norme.

---

738 L. PANAFIT, « La Halakha comme problématique de la connaissance », *in* F. Alvarez-Pereyre, L. Panafit (dir.), *Le droit interne hébraïque*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 7.

739 L'exemple du Sud Soudan montre ainsi que les juridictions coutumières se prononcent au regard de coutumes locales : *« [s]ince statutory courts have not yet been established in many counties, customary courts often act as the court of first instance for both civil and criminal disputes in rural areas. Customary courts, presided over by chiefs or panels of chiefs, are established at the county, payam and boma levels of local government. Hearings are typically held under trees and are open to the public. The 2009 Local Government Act restricts the jurisdiction of customary courts to "customary disputes", for which judgments are to be rendered "in accordance with the customs, traditions, norms and ethics" of the populations residing in their jurisdictions. Criminal matters lie outside the jurisdiction of customary courts, unless the case has a "customary interface" and has been referred by a competent statutory court. In practice, however, many traditional authorities do not adhere to these jurisdictional limitations and customary courts can hear a range of criminal disputes, including homicide.* […] *They [customary courts] are able to process cases fairly quickly and at relatively low cost, they are geographically accessible to rural populations and, since their decisions are often based on local norms, they are culturally familiar to rural populations. Customary courts are also durable and better equipped to function in areas prone to insecurity »* (D. K. DENG, *Challenge of Accountability: An Assessment of Dispute Resolution Processes in Rural South Sudan*, Juba, South Sudan Law Society, 2012, p. 21 et s.).

740 V. l'exemple des Arushas du Nord de la Tanzanie présenté par S. ROBERTS, *op. cit.*

741 Sur la problématique des certificats de coutume, v. la décision de la cour d'appel de Paris, 14 juin 1995, *M. X. c. Mme Y*, *D.* 1996, p. 156, note F. BOULANGER et 174, obs. B. AUDIT ; *RCDIP* 1997, p. 41, P. GANNAGE.

- D'une certaine effectivité de la norme. Si l'effectivité de la norme se mesure au regard du comportement, spontané ou imposé, des destinataires de la norme, son utilisation par les instances de règlement des conflits comme des organes de sanction est un indice de la traduction de ces normes dans les faits[742].

Or, comment définir ce cadre institutionnel, tout en évitant de ne retenir que des critères étatiques ? Le critère central définissant l'existence d'un ordre normatif relevant (soit d'une institution) est l'existence d'une instance non étatique de règlement des conflits[743] (1). Sa définition se révèle toutefois difficile en dehors d'une référence à des critères étatiques (2).

1) La pertinence du critère de l'existence d'une instance de règlement des conflits

179. L'existence d'une telle instance, institutionnalisée, parait à la fois garantir les qualités de la norme décrites précédemment, mais aussi embrasser de manière plus large les ordres non étatiques : alors que les normes et la sanction non étatiques peuvent être diffuses, le règlement des différends par une autorité extérieure aux parties implique l'intervention concrète d'un organe et la possibilité, *a minima*, d'une coordination en termes de reconnaissance, puisque l'intervention de cet organe a pour résultat l'édiction d'un devoir de conduite.

180. En outre, l'intervention d'une instance de règlement des conflits établie appelle à la fois l'existence d'un corps de règles autonome, ainsi que des sanctions sociales.

- L'existence d'un législateur, conçu comme une autorité institutionnalisée édictant des normes, n'apparait pas nécessaire et reviendrait à ignorer des ordres coutumiers. Dès lors qu'existent des instances de règlement des conflits autonomes, c'est bien que celles-ci appliquent leurs propres normes. Ainsi, les cours islamiques en Israël appliquent pour la question de l'attribution de la garde de l'enfant, et alors même qu'elles n'ont compétence dans ce domaine, les principes de la *charia*, qui ne correspondent pas aux principes

742 E. FOHRER DEDEURWAERDER, *op. cit.*, n°150, p. 109 : « *l'effectivité ne se découvre qu'à travers l'observation des faits et des liens qui les unissent à telle ou telle loi* ».

743 Sur le terrain de l'effectivité de l'autonomie de l'ordre non étatique, v. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé » *op. cit.*, n°341, p. 341 : « *[u]ne question plus importante est donc de savoir à quelle fin la différentiation sur le fondement de la religion (ou autre critère d'appartenance à une communauté infra-étatique) est faite. Entre les mains d'une majorité, celle-ci peut servir à opprimer. Mais le contexte politique dans lequel le pluralisme juridique tente d'organiser le vivre-ensemble selon des modalités plus ouvertes vient de la revendication de groupes minoritaires eux-mêmes à exister en tant que tels dans le débat politique et le discours juridique dans leur pays d'accueil ou d'adoption. La réponse à la question de la définition de la communauté ne peut alors être recherchée que dans la seule effectivité de l'autonomie revendiquée. On verra plus loin que celle-ci se signalera d'une part par l'existence d'un mécanisme juridictionnel effectif, d'autre part par la mise en place d'un système de gestion des rapports entre son ordre normatif et les droits exogènes. Cela ne signifie pas qu'il n'y ait aucune difficulté dans la mise en œuvre du critère, ni – objection classique – que cela éviterait d'avoir à considérer a priori les codes mafieux (code de la cosa nostra) comme un ordre juridique. Mais il y a lieu aussi de se rappeler la gravité des conséquences de la solution inverse : l'ordre libéral n'a pas eu les moyens de disqualifier la juridicité du droit du Troisième Reich, ni ne possède aujourd'hui de défense théorique contre l'accession des dictatures diverses au concert des nations, et de leurs droits au règlement du conflit de lois* » (nous soulignons).

égalitaires défendus par le droit étatique[744]. De même, les tribunaux religieux en Jordanie appliquent exclusivement les normes de leur communauté[745].

Si l'existence d'une instance de règlement des conflits implique celle de normes de comportement, elle suppose également quelques règles minimales de coordination avec les normes étrangères avec lesquelles elle se trouve en contact[746].

- La condition d'existence d'organes de sanction propres permet de s'assurer de l'effectivité de la norme. Or, les ordres non étatiques peuvent manquer d'organe spécialement institué à des fins de contrainte : la sanction peut être sociale, ou diffuse, lorsque le groupe social est restreint. Si la sanction est le critère souvent retenu par les anthropologues du droit pour retenir l'existence de normes juridiques, celle-ci est entendue de manière large[747]. L'intervention d'une instance de règlement des conflits déclenche par ailleurs le déploiement de sanctions sociales (provoquant l'exécution spontanée du devoir de conduite émis)[748].

181. Plus généralement, l'existence d'une instance de règlement des conflits propre à l'ordre non étatique est la condition *sine qua non* d'une certaine étanchéité des ordres normatifs étatique et non étatique, c'est-à-dire de l'autonomie de l'ordre non étatique. Au sujet du Liban, cas il est vrai très particulier, P. Gannagé a pu écrire que les ordres communautaires libanais sont « *des ordres exclusifs, fermés à tout élément extérieur. Leurs autorités entendent appliquer elles-mêmes leurs propres droits et refusent,*

---

[744] H. et H. SANDBERG, « Dilemmas of Civil Tribunals in Formulating Their Positions toward Religious Tribunals. The Case of Custody of Muslim Children », *Journal of Law, Religion and State*, 2017, p. 214 : « *[i]n practice, the picture is more complex. Although according to state law, the law that applies in matters of guardianship is the civil law, i.e. the Legal Capacity Law, in practice the Sharia court, as a religious tribunal, considers itself bound by Sharia, as interpreted by the Sunni Hanafi School. The provisions of the Sharia law are not always compatible with those of the Legal Capacity Law. Conflicts between the civil and religious laws are likely to lead to contradictory rulings in the two forums, the two issuing conflicting decisions at different points in time on the same matter. As a result, differences between the laws are likely to create tension between the civil and religious forums* » (spéc. p. 215, nous soulignons).

[745] Pour la Jordanie : O. ELWAN, H. OST, « Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten, unter besonderer Berücksichtigung des griechisch-orthodoxen Kirchenrechts », *IPRax*, 1996, p. 389.

[746] Soit une « *mise en place d'un système de gestion des rapports entre son ordre normatif et les droits exogènes* » (H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°341, p. 343. V. *supra* n°114).

[747] V. ainsi : A. R. RADCLIFFE-BROWN (v°Primitive Law, v°Social Sanctions, *in Encyclopoedia of the Social Sciences*, New York, Mac Millan, 1933-1934), tel que cité par L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Condé-sur-Noireau, Nathan, 1996, p. 45.

L'auteur définit la sanction comme la « *réaction qu'une société ou qu'un grand nombre de ses membres manifeste à l'égard d'un mode de comportement qu'ils approuvent (sanctions positives) ou désapprouvent (sanctions négatives) »*. Elles peuvent être, toujours selon l'auteur, diffuses (*« expressions spontanées d'approbation ou de désapprobation de la part des membres de la communauté agissant individuellement* ») ou organisées (« *actions sociales menées suivant une procédure traditionnelle et reconnue* »). V. A. R. RADCLIFFE-BROWN, *Structure et fonction dans la société primitive*, Paris, Minuit, 1968, p. 309.

[748] L'intervention concrète d'une instance de règlement des différends peut avoir le caractère d'événement social (il s'agit d'un ordre ponctuel, énoncé lors d'un rituel social – v. les travaux d'A. GARAPON, « Genèse et corruption du rituel judiciaire. Eschyle, Kafka, O. J. Simpson », *Les cahiers de médiologie*, 1996/1 (n°1), p. 209 ; *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001), et bénéficie ainsi également de la sanction sociale, du jugement critique du groupe auquel l'individu au comportement déviant appartient. Se déploient donc un jeu complexe de réactions sociales, pouvant impliquer des émotions comme la honte, la répulsion… participant de l'effectivité de la décision. V. également : S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, n°245, p. 274.

On rejettera ainsi l'analyse de KELSEN, qui, s'il considère la possibilité d'un système de normes religieuses (ayant une *Grundnorm*), rejette son caractère positif, au motif qu'un système de droit positif utilise des sanctions immanentes et non transcendantales (définies comme « *those that according to the faith of the individuals subjected to the order originate from a superhuman authority* », comme par exemple la maladie ou la mort de celui commettant un péché). En effet, l'éminent auteur n'envisage pas le cas où un système religieux délèguerait son pouvoir de sanction à des organes sociaux.

surtout lorsqu'il s'agit de personnes de leur confession, de reconnaître les décisions rendues par d'autres autorités »[749]. L'étanchéité est par ailleurs renforcée lorsque, dans cette hypothèse, l'ordre étatique se refuse de connaître des litiges dans le domaine de « compétence » de l'ordre non étatique. Au Liban, « *vu l'incompétence du juge civil dans les matières relevant de la compétence des communautés religieuses, il sera rare d'assister à un dialogue entre le droit religieux et le droit civil. En somme, la diversité juridique interne n'a pas une grande influence sur le travail des juges* »[750]. A l'inverse, on observera que dès lors que l'Etat intègre à son ordre juridictionnel des juridictions « religieuses » (l'intégration signifiant ici l'absence de normes de compétence juridictionnelle, l'absence de procédure de reconnaissance des décisions rendues, puisque celles-ci sont étatiques et prennent donc effet sans procédure particulière), le pouvoir étatique est réaffirmé et il est possible d'observer des phénomènes d'hybridation normative.

Cette hybridation peut s'exprimer sur le terrain institutionnel par la création de « juridictions mixtes ». En France, une telle hybridation existe lorsque les juridictions civiles de Nouvelle-Calédonie se réunissent en formation coutumière, compétente lorsque les parties sont de statut civil coutumier et que la matière objet du litige relève du droit civil. L'hybridation peut également se révéler normative : il a pu être observé que les règles appliquées par les *sharia councils* en Grande-Bretagne (institutions anglaises conçus comme des cours d'arbitrage entre particuliers, dont le « compromis » ne peut être remis en cause devant les juridictions étatiques) connaissent un contenu propre réalisant un mélange entre le droit anglais et la *charia*, identifié sous le terme « *angrezi sharia* » (*angrezi* signifiant « anglais » en ourdou)[751].

2) Une difficile définition de l'instance de règlement des conflits

182. Quelle définition retenir de l'instance de règlement des conflits ? Un conseil de famille, une réunion de différents clans, un *Beth Din*[752], pourraient-ils suffire à caractériser celle-ci[753] ? Deux éléments paraissent à première vue, mais à première vue seulement, venir utilement préciser la notion : la fonction d'organisation sociale assumée par l'instance de règlement des conflits (a) et le caractère imposé de son intervention (b).

---

749 P. GANNAGE, « Le pluralisme des statuts personnels au Liban, son régime, ses limites », *in* M. Aoun (dir.), *Les statuts personnels en droit comparé, évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven, Peeters, 2009, p. 163, spéc. p. 167.

750 R. KFOURI, « L'Etat de droit à l'épreuve du pluralisme juridique et judiciaire au Liban », *in* G. Otis (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Ed. Karthala, Paris, 2013, p. 199, spéc. p. 202 et s.

751 V. sur les *sharia council supra* n°118. Sur le sujet : B. CHELINI-PONT, « L'expérience des cours islamiques en Grande-Bretagne », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 8, 2015-2016, p. 171 ; S. SARDAR ALI, *Modern Challenges to Islamic Law, op. cit.*, p. 206.

752 Tribunal rabbinique appliquant le droit hébraïque (*halakha*). Dans le domaine familial, le tribunal rabbinique a par exemple vocation à se prononcer sur la question, bien connue en droit international privé, du divorce talmudique (Civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, S. 1906. 1. 161, note A. PILLET ; V. outre-Rhin : C. HERFARTH, « Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte », *IPRax*, 2000, p. 101 et le compte rendu de la thèse de cet auteur par P. LAGARDE (*RCDIP*, 2003, p. 203)). Des trois rabbins composant habituellement le tribunal, l'un d'entre eux est spécialiste en matière de divorce. V. R. SCIALOM, *Anthologie de droit hébraïque* (II), Paris, Ed. la mémoire du droit, 2020, p. 46 et s.

753 « *Courts are one component of a complex system of disputing and regulation. Courts are not the only sources of normative messages, just as they are not the only areas in which controls are directly applied. We must examine the courts in the context of their rivals and companions. To do so we must put aside our habitual perspective of "legal centralism", a picture in which state agencies occupy the center of legal life and stand in a relation of hierarchic control or other, lesser normative orderings such as the family, the corporation, the business network* » (M. GALANTER, « Justice in many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, volume 19, 1981, p. 1, spéc. p. 17).

a) La fonction d'organisation sociale

183. Une première définition de l'instance de règlement des conflits pourrait être que celle-ci a été instituée dans un but d'organisation sociale, intervient au nom d'une communauté (la décision bénéficie alors d'une publicité au sein de celle-ci, permettant le jeu de sanctions sociales, tout comme les règles sur lesquelles l'instance de règlement des conflits se fonde). Or, un tel critère fonctionnel suppose une idée plus précise de ce qu'il faut comprendre par « organisation sociale » : la famille, ou encore l'entreprise, ne sont-ils pas différents groupes sociaux appelant une organisation, pouvant être qualifiée de « sociale »[754] ? A considérer que l'organisation sociale suppose la pluralité d'intérêts, comment justifier s'intéresser à d'autres groupes sociaux qu'étatiques, alors que ceux-ci ont précisément pour objectif de penser l'organisation sociale de sociétés complexes ?

En réalité, l'objectif d'organisation sociale suppose, pour sa compréhension et sa définition, de pouvoir définir ce qu'est la « société » ou le « groupe social ». Or, nous l'avons vu, le groupe social ne répond pas à une définition précise et se révèle davantage comme un outil au service d'analyses relevant potentiellement de matières distinctes[755]. Ainsi, la famille peut relever de cette définition et les instances de règlement des conflits qu'elle connait peuvent être considérées comme instituées dans un but d'organisation sociale. Ce critère relatif au but poursuivi par l'instance de règlement des conflits ne peut donc, en tant que tel, venir préciser ce qu'il faut comprendre par celle-ci.

b) Le caractère imposé de l'intervention de l'instance de règlement des conflits

184. Un autre critère de définition est celui de l'intervention davantage imposée que choisie (par les parties) de l'organe de règlement des conflits. Un tel critère permettrait d'écarter certaines formations arbitrales appartenant à des ordres essentiellement négociés, c'est-à-dire construits sur un modèle libéral permettant la libre adhésion et le libre retrait de ses membres[756]. Le caractère imposé se déduit d'un pouvoir de fait rendant la soustraction au pouvoir normatif difficile (et ainsi les sanctions sociales effectives). Il peut résulter de circonstances de fait conférant une situation de monopole, comme c'est le cas pour l'ordre sportif[757] ; mais aussi de la densité des liens d'appartenance : l'excommunication, le *blacklisting* peuvent être des sanctions particulièrement effectives dans des communautés restreintes. Une telle précision ne permet toutefois pas de venir définir l'instance de règlement des conflits.

185. Tout d'abord, parce qu'elle nécessite une appréciation délicate des circonstances de fait, difficile à mener pour le for saisi. Apprécier l'effectivité de sanctions sociales dans une communauté étrangère n'est pas tâche aisée et ne peut être effectuée dans le cadre du litige interindividuel afin de déterminer l'ordre non étatique éventuellement compétent. Cette appréciation ne sera que davantage délicate en l'absence de toute « décision » émise par l'autorité non étatique. Le recours à un critère juridique souffre quant à lui nécessairement de la vision de l'ordre juridique (en

[754] V. *supra* n°87.
[755] V. déjà *supra* n°87 et s.
[756] Au contraire du modèle de la communauté culturelle (v. *supra* n°108 et s. et *infra* n°326 et s.). La distinction entre ordre imposé et négocié se retrouve sur les manières dont tenir compte de la norme non étatique : la coordination avec les ordres négociés se déploie par des mécanismes d'ordre contractuel, dans les limites posées par l'ordre juridique du for.
[757] C. LEGENDRE, *op. cit.*, spéc. n°9, p. 7.

l'occurrence français) qu'il véhicule[758]. Ainsi, on aurait pu *a priori* considérer que lorsque l'autorité de règlement des conflits détient son pouvoir d'un engagement contractuel des parties, il s'agit d'un ordre essentiellement négocié et les mécanismes de règlement des conflits ne peuvent être considérés comme imposés. En réalité, là où le droit étatique décèle un choix en faveur d'un règlement arbitral du litige, il peut y avoir un ordre « *autoritaire et endogène* »[759] pour les parties et du point de vue de l'ordre étranger. La démonstration a déjà pu être menée par d'autres, l'autonomie des parties et l'arbitrage sont « *peu outillés pour rendre compte des visions plus collectives de l'arbitrage* »[760] et le traitement juridique par ce biais considéré à juste titre insatisfaisant[761]. L'intervention du critère de l'existence d'un engagement contractuel venant instituer l'instance de règlement des conflits ne saurait être suffisamment pertinent afin de déterminer le caractère imposé ou non de l'autorité de règlement des conflits.

186. Plus fondamentalement, le critère du caractère imposé ou spontané de l'instance de règlement des conflits dépend étroitement de la conception de la légitimité retenue. Certes, l'intervention imposée de l'organe de règlement de conflit crée un *Pflichtenkonflikt*[762] pour les parties, incitant à sa relevance en droit international privé. Mais le choix des parties pourrait également fonder une certaine légitimité de l'autorité choisie[763]. Par ailleurs, certaines autorités *in concreto* imposées (par exemple certains conseils de famille) peuvent ne pas être considérés comme suffisamment légitimes pour les besoins du droit international privé. En réalité, l'équilibre entre les exigences de légitimité et d'effectivité ne peut faire l'objet d'une réflexion générale mais dépend étroitement de la matière dans laquelle s'inscrit le litige.

Hors de la justice étatique, il semble difficile de trouver un critère permettant d'identifier certaines instances de règlement des différends venant caractériser les ordres non étatiques. Cela ne signifie pas qu'il faille rejeter tout critère structurel. Mais il ne peut suffire à lui seul et il semble judicieux

---

[758] V. également S. BRACHOTTE (« The Limits of Arbitration Law in Addressing Cultural Diversity : The Example of Ismaili Arbitration in the United Kingdom », *Laws*, 2021, 10 (n°2), p. 47).

[759] M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n°513, p. 208 (à propos de l'ordre sportif).

S. BRACHOTTE (*ibid.*, au regard de l'affaire anglaise *Jivraj v. Hashwani* ([2011] UKSC 40) ; v. également « Les rationalités entremêlées : le droit international privé et les conflits sans issue », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 247) : « *UK arbitration law reflects the foundational assumptions and subsequent conceptions of international commercial arbitration, where the arbitration process is viewed as meeting private, transnational, mercantile interests, and is conceived as being independent from any religious ethos. In contrast, Ismaili arbitration in commercial affairs reflects the Ismaili ethos, as well as the diasporic commitment of the community, which is characterised by a hybrid identity made of both the Ismaili Muslim identity and the various national identities of the Ismailis. Consequently, the Ismaili arbitration proceedings reflect collective, state, and religious interests* ».

[760] A propos de l'ordre ismaélien, S. BRACHOTTE souligne la « *pluralité de significations du "choix" de l'arbitrage, notamment distinct en droit britannique et dans la religion ismaélienne. Or, la notion juridique du choix d'arbitrage repose, comme celles de l'élection du for et du choix du droit applicable, sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties, qui apparaît comme peu outillé pour rendre compte des visions plus collectives de l'arbitrage (telle que celle de l'arbitrage ismaélien). En effet, le principe de l'autonomie des parties reflète la conception selon laquelle, dans le cadre de chaque contrat conclu, les parties se posent la question de savoir si l'arbitrage doit être choisi à la place des juridictions étatiques car cela servirait mieux leurs intérêts privés. Au contraire, par principe (même s'il peut y avoir des exceptions), les ismaéliens sont, de par leur foi, membre de la communauté ismaélienne, qui prône un règlement des litiges entre ismaéliens conforme à l'éthos ismaélien de la sauvegarde de la paix dans la communauté dans son ensemble, par des arbitres également membres de la communauté qui ont aussi un intérêt à le sauvegarder* » (« Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297). V. nos développements *infra* n°225 et s. (autonomie de la volonté) et n°569 et s. (arbitrage).

[761] C. LEGENDRE, *op. cit.* ; v. nos développements spécifiques à la matière personnelle et familiale, *infra* n°573 et s.

[762] V. *supra* sur la notion et son importance (n°158, 172).

[763] V. *supra* n°102 et s. pour notre critique.

d'ajouter un critère non plus structurel, mais réussissant à témoigner d'un haut degré d'effectivité normative.

II- L'incidence déterminante du critère de l'accès à la sanction étatique étrangère

187. La définition de l'ordre non étatique comme institution n'est pas suffisante. Le seul critère permettant de garantir une effectivité et une légitimité maximale est celui de l'accès à la sanction étatique. Cette condition remplie, les méthodes de conflit de lois ou de reconnaissance des décisions pourraient alors accueillir les normes de ces ordres (A). Cette condition restrictive ne signifie pas que tout ordre non étatique qui ne satisfait pas à cette condition est exclu de tout système de coordination. Seulement, les méthodes et techniques alors employées sont caractérisées par le rétablissement d'un rapport hiérarchique entre les normes en présence (B).

A- L'accès à la sanction étatique conditionne le déclenchement des méthodes de conflit de lois et de reconnaissance des décisions

188. L'accès à la sanction étatique est un critère relatif à l'influence de l'ordre non étatique sur les ordres étatiques. S'intéresser non pas à un critère structurel mais à l'influence d'un ordre revient à apprécier sa *jurispersuasion*, au sens dégagé par P. S. Berman. Or un tel critère n'apparait pas satisfaisant pour répondre aux exigences du droit international privé (1). La reconnaissance juridique de la norme non étatique, caractérisée par l'accès de la décision non étatique à la sanction étatique (c'est-à-dire à l'exécution forcée) est le seul critère permettant de retenir l'effectivité et la légitimité de la norme non étatique (2).

1) Le rejet de la jurispersuasion

189. Selon P. S. Berman, l'intérêt de l'Etat, redéfini largement comme celui de participer à la communauté mondiale[764], implique un changement de perspective. Il n'est plus question de raisonner en termes de souveraineté et de se demander si une communauté possède un pouvoir législatif (« *can assert jurisdiction* »), mais plutôt si les autres communautés (notamment étatiques) sont prêtes à reconnaitre le jugement rendu et le sanctionner comme s'il était le sien[765]. Le droit n'est alors pas perçu comme l'ordre d'un pouvoir souverain mais comme un espace d'articulation de normes, de nature rhétorique[766]. C'est ce qu'il nomme le mécanisme de la « *jurispersuasion* »[767], qu'il

---

[764] P. S. BERMAN parle de « *interlocking world order* » (« Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws : Redefining Governmental Interests in a Global Era », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, p. 1819, spéc. p. 1867). V. également p. 1864 et s.: *« [C]onflicts rules based on parochial preferences for forum law are apt to turn into legal imperialism unless one's idea of a government's self-interest expands to include an interest in being a cooperating member of the global community... Because states are inevitably embedded in an international system, they internalize the aspirations and disciplining norms of that international system and have an important interest in being a cooperative member of a global community* ».

[765] P. S. BERMAN, « The New Legal Pluralism », *Annual Review of law and Social Science*, 2009, p. 225, spéc. p. 235 : « *some entity with police power must enforce the judgment. Accordingly, the question becomes not whether a community can assert jurisdiction, but whether other communities are willing to give deference to the judgment rendered and enforce it as if it were their own* ».

[766] P. S. BERMAN, « From international law to law and globalization », *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2005, p. 485, spéc. p. 534.

[767] Sur le choix de ce terme : *ibid*., spéc. p. 533 et s. : « *jurisdiction implicates the more expansive idea [in contrary to sovereignty] of norm articulation and persuasion. Indeed, the word "jurisdiction" derives from Latin roots literally meaning "to speak the law" and we must therefore look not so much at the power to enforce legal norms, but at the ability to articulate them. This is a crucial distinction because in a world of law and globalization the mere speaking of legal norms may, over time, persuade others to enforce them* » (nous soulignons).

ne cantonne pas aux communautés étatiques. Il serait ainsi possible, pour les communautés non étatiques, de convaincre les Etats de leur statut de communauté juridique légitime et de voir leurs normes recevoir application, y compris par les méthodes de droit international privé[768].

L'avantage d'une telle conception, basée sur la réception rhétorique de la norme étrangère par les ordres juridiques étatiques, consiste, comme le montre l'auteur, en ce que ces normes non étatiques répondent à une certaine conception de la légitimité : pour être mobilisées par les juridictions étatiques, elles doivent apparaitre comme suffisamment « appropriées », se conformer à certains standards étatiques :

« *Après tout, pour que les normes juridiques d'une communauté non étatique soient appliquées, elles doivent être adoptées par ceux qui possèdent un pouvoir coercitif, et il est peu probable que les affirmations du pouvoir communautaire moralement inacceptables puissent être acceptées par la majorité. Ainsi, l'accès à la coercition constitue une puissante incitation pour ces communautés à ne pas soutenir de positions trop éloignées d'un consensus international en cours d'élaboration. D'une certaine manière, c'est ainsi que fonctionnent les tribunaux étatiques, parce qu'ils ne disposent pas de leur propre pouvoir d'exécution. Les tribunaux étatiques rendent toujours des décisions à la demande de leur "souverain" et s'ils choisissent de défier l'entité qui exécute leurs jugements, ils doivent faire appel à une large base de soutien populaire ou prendre le risque d'être ignorés. De même, la position d'un tribunal non étatique doit présenter des arguments solides aux gouvernements du monde entier et aux autres acteurs politiques : le pouvoir communautaire doit être jugé approprié et les normes non étatiques exprimées doivent être considérées comme pertinentes. Une conception plus large de ce qui convient de considérer comme droit, incluant les normes non étatiques, ne signifie pas qu'elles doivent toutes être qualifiées comme tel (même lorsqu'elles sont imposées) ; cette conception signifie simplement l'extension du concept de droit aux normes non étatiques créant des droits et devoirs. De cette manière, de multiples communautés peuvent revendiquer leur relevance juridique, permettant de présenter des visions alternatives, indépendamment du fait qu'elles soient in fine adoptées ou rejetées. Ainsi, qu'il soit bon ou mauvais, ce processus d'élaboration de normes transnationales (ou non étatiques) est un phénomène auquel les chercheurs et les décideurs politiques doivent s'intéresser* »[769].

190. Comment s'effectue la reconnaissance du pouvoir normatif d'une communauté non étatique ? Par la référence, le renvoi, la prise en considération, l'application de la loi non étatique ? *A priori*, l'ensemble de ces mécanismes est retenu, de l'influence la plus subtile à celle la plus

---

[768] *Ibid.*, spéc. p. 539 et s.

[769] Traduction libre ; nous soulignons. En raison des nuances des termes de *common law* utilisés, le passage est reproduit dans sa langue originale : « *After all, in order for the legal norms of a non-state community to be enforced, such norms must be adopted by those with coercive power, and abhorrent assertions of community dominion are unlikely to achieve widespread acceptance. Thus, the enforcement arena would provide a powerful incentive to communities not to move too far away from a developing international consensus. In a sense, this is how even state-sanctioned courts operate because they lack their own enforcement power. Courts always issue decisions at the sufferance of their "sovereign", and if they choose to defy the entity that enforces their judgments, they must appeal to a broad base of popular support or risk being treated as politically irrelevant. Likewise, a non-state jurisdictional assertion must make a strong case to the governments of the world and other political actors that the assertion of community dominion is appropriate and that the substantive norms expressed are worth adopting. A broader conception of what counts as a jurisdictional assertion does not imply that all such assertions (much less all normative rules imposed) are justified ; it only argues that we extend the term jurisdiction to these non-state norm-producing acts. In this way, multiples communities can attempt to claim the mantle of law, making it more likely that we will at least notice these alternative visions, regardless of whether such visions are ultimately adopted broadly or roundly rejected. Thus, whether good or bad, this process of transnational (or non-national) norm development is a phenomenon that scholars and policymakers must address* » (P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *University of Pennsylvania Law Review*, 2002, vol. 151, p. 311, spéc. p. 511).

explicite[770] : il suffit que la norme non étatique exerce une influence quelconque. L'auteur semble tisser le lien de causalité suivant : parce que les normes non étatiques connaissent, au sein de leur communauté, une impérativité particulière, elles peuvent alors éventuellement avoir une incidence rhétorique dans d'autres communautés, notamment étatiques[771]. En d'autres termes, l'effectivité de la norme non étatique, son effet concret au sein de communautés non étatiques, serait une condition de leur *jurispersuasion*.

On peut cependant douter du bien-fondé de ce lien, notamment à travers l'exemple des références mobilisées par le juge dans sa décision. Les motifs poussant à l'adoption d'une rhétorique particulière par des tribunaux étatiques peuvent être éloignés de l'existence d'une effectivité réelle de normes non étatiques. Les outils rhétoriques mobilisés sont en effet davantage influencés par les contraintes de l'acceptation de la décision par les différents auditoires concernés (les parties, la communauté française au nom de laquelle le juge statue)[772]. Tel semble être le cas de la référence sporadique à la *lex mercatoria* par les juridictions françaises[773] : il semble difficile de déduire de celle-ci l'existence de normes ou d'un ordre non étatiques effectifs (tant au regard de l'absence de communauté[774] que du caractère très général des normes considérées comme y appartenant).

---

[770] « *In the trade context, although ad hoc tribunals convened under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) have no authority to directly reverse the decisions of national courts or create formally binding precedent, Robert Ahdieh has argued that, over time, we may see the interactions between the NAFTA panels and national courts take on a dialectical quality that is neither the direct hierarchical review traditionally undertaken by appellate courts, nor simply the dialogue that often occurs under the doctrine of comity. Instead, Ahdieh predicts that international courts are likely to exert an important influence even as the national courts retain formal independence, much as U.S. federal courts exercising habeas corpus jurisdiction may influence state court interpretations of U.S. constitutional norms in criminal cases. In turn, the decisions of national courts may also come to influence international tribunals. This dialectical relationship, if it emerges, will exist without an official hierarchical relationship based on coercive power* » (P. S. BERMAN, « From international law to law and globalization », *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2005, p. 485, spéc. p. 535 et s. ; nous soulignons).

[771] « *Elsewhere, the existence of governmental and judicial networks means that the rhetoric of legal opinions is more likely to influence others despite the fact that those opinions are not literally binding authority beyond their own community. Even the normative statements of non-state entities may have authorative impact on various sub-communities, and again may have rhetorical impact more broadly. Certainly, once we acknowledge the importance of changes in legal consciousness over time, it becomes clear that* enforcement *power is not the only factor in determining the normative power a jurisdictional assertion might have* » (l'italique, représenté ici par son absence, est de l'auteur). *Ibid*., spéc. p. 537.

[772] Nous faisons référence à la théorie développée par Ch. PERELMAN (v. not. *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2ème éd., 1979). Il existe une grande variété d'interprétations de l'œuvre de C. PERELMAN, et nous retenons ici une vision pragmatique de celle-ci. V. not. Ch. LEBEN, « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits*, 2011/2 (n°54), p. 49.

[773] Le débat, dont les termes sont bien connus, s'est concentré sur la question de la juridicité de ces normes non étatiques afin de caractériser une violation de la mission des arbitres, les parties leur reprochant d'avoir statué en équité et non en droit.

Dans la décision *Valenciana*, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que les arbitres s'étant déterminés « *sur les usages du commerce international, autrement dénommés « lex mercatoria »* », ont bien statué en droit (Civ. 1, 22 octobre 1991, n°89-21.528 (B. OPPETIT, *RCDIP* 1992, p. 113 ; J.-C. DUBARRY, *RTD Com*., 1992, p. 171). Indirectement, deux décisions semblent reconnaitre la juridicité de certains éléments de la *lex mercatoria* : Civ. 2, 9 dec. 1981, n°80-15.305, *Fougerolle* (*Rev. arb.* 1982, p. 1983, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1982, p. 931, note B. OPPETIT) ; Civ. 1, 9 oct. 1984, n°83-11.355, *Norsolor*, *RCDIP* 1985, p. 551, note B. DUTOIT ; *JDI* 1985, p. 679, note Ph. KAHN ; *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. GOLDMAN)). En nommant précisément celle-ci, la Haute juridiction semble reconnaitre la *lex mercatoria* comme telle, peu importe par ailleurs qu'elle reprenne sans se l'approprier l'intégralité de l'expression utilisée par les arbitres (soit « l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales ») ou qu'elle semble tenir pour synonyme *lex mercatoria* et « usages du commerce international ». B. Oppetit a pu déduire de cet arrêt que « *la juridicité de la notion est expressément reconnue* » (B. OPPETIT, « Contrôle du juge sur le droit appliqué par l'arbitre », *RCDIP* 1992, p. 113). On soulignera cependant que la portée de cette décision, ancienne et isolée, est douteuse.

[774] P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *in Mélanges Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales,* Paris, Litec, 1982, p. 125.

L'effectivité est pourtant essentielle au droit international privé[775] ; une approche rhétorique semble insatisfaisante en la matière.

Par ailleurs, et plus fondamentalement, l'intérêt des ordres juridiques étatiques à faire référence à des normes non étatiques a pu être critiqué ; les ordres non étatiques n'auraient en réalité aucune chance de convaincre les Etats de leur pouvoir normatif[776]. P. S. Berman fonde la notion de *jurispersuasion* sur un intérêt renouvelé de l'Etat de participer à une communauté mondiale interconnectée. Or, cet intérêt n'implique aucunement une coordination avec des ordres ou normes non étatiques, le phénomène de mondialisation incitant au contraire davantage à renforcer la coordination interétatique existante afin de lutter contre le pouvoir de certains groupements non étatiques plutôt qu'à prôner une ouverture à l'endroit de ceux-ci[777]. Selon R. Michaels, les Etats acceptent l'application de la loi étrangère seulement lorsque leur revendication normative étrangère est équivalente à celle de l'Etat d'accueil. Or, l'équivalence se traduirait par une similitude « structurelle » à laquelle les ordres non étatiques ne peuvent prétendre : du point de vue étatique, les ordres non étatiques ne sont pas du droit. La *jurispersuasion* ne pourrait être admise qu'à l'égard d'autres Etats[778].

191. On adoptera une vision quelque peu plus nuancée : si les normes non étatiques sont en effet « structurellement » distinctes des normes étatiques (ou, selon l'expression que nous avons jusqu'alors retenue, « de nature distincte »), elles peuvent être fonctionnellement équivalentes, venant toutes deux régir directement les comportements humains, dans des domaines considérés du point de vue de l'ordre juridique français comme étant « privés » (famille, contrat, rapport à la terre…). Il reste que de telles normes manquent à la fois d'une effectivité pleine (puisqu'elles ne sont pas juridiquement, et donc « drastiquement », sanctionnées) ainsi que d'une certaine légitimité, tout particulièrement du point de vue de l'Etat français dont le juge est par hypothèse saisi. On rappellera, au sujet de la sanction, que la sanction juridique est à distinguer de la sanction sociale, puisqu'elle a comme effet, propre, le rétablissement de la situation qui aurait dû être par mise en œuvre d'un pouvoir institué et effectif[779]. Pour ces raisons, leur capacité à convaincre est nécessairement compromise. Il en irait autrement si les décisions de l'ordre non étatique étaient susceptibles de faire l'objet d'une reconnaissance et d'une exécution forcée à l'étranger.

---

[775] V. *supra* n°154 et s.

[776] R. MICHAELS, « The Re-Statement of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review* 51, p. 1211, spéc. p. 1242 et s.

[777] « *It may not be a coincidence that globalization has spurred both more "positive comity" between governmental entities and simultaneously attemps of the state to restrict the influence of individuals in litigation. Multilateralism is indeed brought about by globalization; but it may be a reaction against, not an adoption of, globalization and legal pluralism. It may be the states' collective attempt to fight off the challenges from non-state communities* » (*ibid.*, spéc. p. 1243).

[778] « *States accept the "jurispersuasion" of foreign countries only if their claim to jurisdiction is equivalent to the claims of the enforcing state. This suggests why jurispersuasion works between states but not between states and non-state communities. Foreign states have at least a prima facie claim to enforcement because their jurisdiction is structurally similar to that of the enforcing state. Non-state communities, on the other hand, would not only have to argue that they are, as communities, entitled to assert jurisdiction in a sociological sense. In addition, they would have to argue that the jurisdiction they assert is, by nature, similar to the jurisdiction of courts in the enforcing state. Yet, since one criterion from the state's perspective is that jurisdiction, as opposed to private ordering, exists only in the state, such an argument cannot succeed. The state accepts jurispersuasion, but it accepts it only from other states* » (*ibid.*, nous soulignons).

[779] V. *supra* n°117.

2) Le critère de l'accès à la sanction juridique étatique

192. Retenir le critère de l'accès de la décision non étatique à une sanction étatique permet de se départir d'une approche rhétorique dont nous avons contesté la pertinence. Cela revient par ailleurs à réduire très sensiblement les normes et ordres juridiques susceptibles de relevance en droit international privé, puisqu'il s'agit de ne retenir que les ordres non étatiques dont les décisions sont susceptibles d'une réception dans un ordre juridique étatique étranger. Cette coordination entre ordre juridique et normes non étatiques n'est réalisée que dans des cas particuliers et trouve son explication dans un ensemble de raisons plurielles et bien souvent historiques ; l'ancrage temporel et spatial de certains ordres non étatiques peut avoir influencé le processus de création et d'unification de l'Etat, l'obligeant à envisager une coordination avec des normes qu'il considère comme ne lui étant pas entièrement intégrées[780].

L'accès à la sanction étatique permet de garantir à la fois une effectivité maximale de la norme non étatique, puisque la sanction juridique vient s'ajouter à la sanction sociale (par exemple, lorsque la décision religieuse est reconnue par l'Etat étranger), une légitimité de nature étatique ainsi que d'attester de l'autonomie normative de l'ordre non étatique. C'est sur ce dernier plan qu'H. Muir Watt énonce le critère de « *l'accès à un régime de circulation des décisions issues de [ce système juridictionnel] dans les systèmes tiers* »[781]. On retiendra pour notre part que ces systèmes tiers doivent nécessairement être des ordres juridiques étatiques.

Une telle approche revient à faire dépendre l'accueil de la norme non étatique du point de vue d'un Etat étranger. Lorsqu'aucune norme concrète n'existe, il s'agit de la seule solution permettant la désignation d'un ensemble normatif répondant aux exigences rappelées.

193. L'accès à la sanction juridique étatique nécessite ainsi une certaine reconnaissance juridique, au-delà de la simple mobilisation rhétorique. Comment s'apprécie cette reconnaissance étatique ? Au regard du critère précédemment énoncé, celui de l'existence d'une instance de règlement des conflits, il convient de vérifier que les décisions émises puissent être reconnues.

On peut alors distinguer deux hypothèses.

194. Dans le premier cas, aucune norme concrète n'a été émise par les instances non étatiques. La possibilité de reconnaissance s'apprécie de manière nécessairement abstraite et est rattachée à l'ordre non étatique lui-même, puisque, par hypothèse, aucune décision n'a déjà été rendue. Elle doit être considérée comme remplie lorsque l'Etat étranger connait des règles de compétence d'autorités, qui peuvent être de nature constitutionnelle[782] (communautés religieuses en

[780] V. *supra* n°118 pour des développements quant au domaine familial.

[781] H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°350, p. 348 et s. : « *Concrètement, l'autonomie juridique implique tout d'abord que la communauté bénéficiaire choisisse sous quelles normes elle entend organiser ses relations interpersonnelles et quelles situations elle entend régir en cas de relations mixtes ou exogènes. En outre, elle présuppose la possibilité de faire fonctionner un système juridictionnel, ou à tout le moins de règlement des litiges et d'interprétation des principes fondateurs en cas de conflit, et l'accès à un régime de circulation des décisions issus de ce dernier dans les systèmes tiers* » (nous soulignons).

[782] V. sur le sujet : J. C. ORTEGA, *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones*, Université Panthéon-Assas, *n.p.*, 2005 (en particulier sur la Colombie, le Canada, l'Australie).

Jordanie[783] ou au Liban[784]) ou encore législative (Mauritanie[785]). Il s'agit du cas où l'Etat étranger se conçoit comme pluraliste. Un tel critère permet, tout comme pour le mécanisme de la *jurispersuasion*, de garantir que les normes appliquées respectent certaines exigences étatiques : afin de pouvoir bénéficier de la sanction étatique, les normes doivent parfois respecter certaines exigences procédurales (notamment du procès équitable, comme le rappelle la célèbre décision *Pellegrini*[786]), et de fond au regard des principes substantiels étatiques (contrôle de l'ordre public)[787]. Ainsi, ne peuvent être considérées comme pertinentes les normes contre lesquelles l'Etat étranger lutte ou se définit (malgré le fait qu'elles appartiennent à des ordres tels que définis ci-dessus). Les normes de la mafia[788], ou encore de groupes considérés par l'Etat étranger comme « terroristes », ne pourront donc recevoir application.

Il s'agit d'une hypothèse traditionnellement rattachée à la problématique des conflits internes de lois, les autorités non étatiques étant considérées comme internes à l'Etat étranger. Une telle conception peut être dans les faits critiquable, dans la mesure où elle suppose un rapport hiérarchique en faveur de l'Etat[789]. Surtout, on observera que dès lors que l'Etat étranger reconnait l'existence de juridictions non étatiques, le « conflit interne » étranger se pose dans des termes particuliers : les « règles de conflit interne » se présentent sous la forme de règles de compétence des autorités (y compris des juridictions) et non sous la forme de règles de conflit de lois (internes)[790]. A prendre l'exemple du « droit » religieux, on observe que :

- Dans tous les Etats où l'application du droit religieux est prévue par des tribunaux étatiques, il y a nécessairement un droit de source étatique des conflits internes. Tel est le cas pour les Etats suivants : Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc, Soudan, Indonésie, Inde, Pakistan,

783 O. ELWAN, H. OST, *op. cit.*

784 Le confessionnalisme politique au Liban est reconnu par la Constitution du 23 mai 1926, le Pacte national non écrit de 1943, le décret-loi n°112 du 12 juin 1959 et les accords de Taëf du 22 octobre 1989. V. aussi : V. HEUZE, « Les rapports entre les communautés libanaises et le droit international privé », *Revue de droit public,* janv. 2023 (n°1), p. 16. La compétence des juridictions confessionnelles est protégée et arbitrée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation (art. 95§4 du Code de procédure civile libanais : « La Cour de cassation connaît de l'opposition contre un arrêt en dernier ressort rendu par un tribunal confessionnel ou charii pour incompétence de ce tribunal ou de la violation de l'arrêt d'une formalité substantielle d'ordre public »).

785 V. l'article 58 de l'ordonnance n°2007/012 portant sur l'organisation judiciaire.

786 Cour EDH, 2ème section, 20 juillet 2001, *Pellegrini* c. Italie : les juridictions de l'État italien qui, en application des dispositions concordataires, se prononcent sur l'*exequatur* à accorder à une décision des juridictions ecclésiales déclarant la nullité d'un mariage, doivent, avant de donner l'*exequatur*, vérifier « *que la procédure [ecclésiastique] remplissait les garanties de l'article 6 ; un tel contrôle s'impose, en effet, lorsque la décision dont on demande l'exequatur émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention. Pareil contrôle est d'autant plus nécessaire lorsque l'enjeu de l'exequatur pour les parties est capital* ».

787 M. J. BROYDE, « Jewish Law Courts in America : Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America Precedent », *New York Law School Law Review*, 2012-2013 (57), p. 287.

788 La question de la qualification de la mafia comme ordre juridique interroge classiquement la doctrine (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 53 et s. ; S. ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.,* §30, p. 90), au point qu'elle a pu être surnommée le « cap des tempêtes du positivisme juridique » par N. BOBBIO (tel que cité dans : E. DELRUELLE, G. BRAUSCH (dir.), Liminaire, *in Le droit sans la justice : actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du « Cap des Tempêtes » de Lucien François*, Bruxelles, Paris, Bruylant LGDJ, 2004, p. 7, spéc. p. 7). Pour L. FRANCOIS, il n'y a pas de différence de nature entre le droit étatique et le droit mafieux, seul le degré d'institutionnalisation permet d'effectuer la différence (*Le cap des tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruyland, 2ème éd., 2012). V. également : D. VILLEGAS, *L'ordre juridique mafieux. Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, Dalloz, 2018.

789 V. le cas de l'Arabie Saoudite : D. KRELL (https://www.mpipriv.de/1393305/20210922-latest-thinking-dominik-krell?c=1087972, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

790 V. PARISOT, *op. cit.*, spéc. n°1570, p. 2336.

Bengladesh[791]. En effet, en leur absence, les tribunaux étatiques ne sauraient fonctionner s'ils n'avaient pas à leur disposition un corps de normes uniforme[792].

- Si des tribunaux religieux ou ethniques sont reconnus à côté des tribunaux étatiques, il est très probable que cette reconnaissance soit accompagnée de règles de source étatique relatives à la compétence de ces autorités, afin d'éviter au niveau étatique des décisions contradictoires (Syrie[793], Jordanie[794], Iraq[795], Liban[796], Palestine[797], Israël[798]) ainsi que de règles relatives à l'exequatur ou de contrôle des décisions (contrôle *a minima* au regard de l'ordre public étatique[799]).

195. Dans la seconde hypothèse, une norme concrète a été émise par les instances de règlement des conflits non étatiques (au sens défini ci-dessus).

- En l'absence de reconnaissance étatique étrangère, si ces institutions sont compétentes en vertu du droit étatique étranger, la décision pourra-t-elle être reconnue par le juge français sur le terrain de la méthode de reconnaissance des décisions, au motif que ces institutions devraient alors être considérées comme des instances étatiques ? Une telle solution ne va pas nécessairement de soi ; l'Etat étranger peut prévoir un contrôle d'exequatur de ces décisions. On remarquera d'une part que ce contrôle est majoritairement conçu comme un contrôle léger, rendant la reconnaissance étatique étrangère très probable[800]. D'autre part,

---

791 K. LIPSTEIN, I. SZASZY, *International Encyclopedia of Comparative Law Online,* Brill, III, n°10-9 et s. ; D. PEARL, *Interpersonal Conflict of Laws in India, Pakistan and Bengladesh*, Londres, Stevens and Sons, 1981, p. 99 et s., 152 et s. ; K. WAEHLER, *Interreligiöses Kollisionsrecht*, p. 373. Pour l'Egypte, v. spécialement N. BERNARD-MAUGIRON, « L'amendement du règlement sur le statut personnel des coptes orthodoxes en Égypte : à quand une loi unifiée de la famille ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2010, p. 75.

792 Ch. VON BAR, P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, I, Munich, Beck, 2ème éd., 2003, §4, n°166, p. 323 (traduction libre du passage suivant : « *würde es den Stillstand der Rechtspflege bedeuten, stellte man diesen Gerichten kein einheitliches Rechtsanwendungsrecht zur Verfügung* »).

793 N. YASSARI, D. KRELL, v°Syrien, Arabische Republik (2021), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 7.

794 I. SALAMA, v°Jordanien (2020), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 5 (faisant référence à l'article 99 de la Constitution jordanienne).

795 *Ibid.* V. également H. LÖSCHNER, v°Irak (1991), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 1. V. les articles 41 et 43 de la Constitution iraqienne du 15 octobre 2005.

796 S. SCHÖNBERGER, K. KREUTZBERGER, v°Libanon (2019), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 6.

797 La compétence des tribunaux religieux est reconnue par le « *Palestine Order in Council* » 1922, §47 et §51-56.

798 V. A. MARGALITH, D. ASSAN, v°Israel (2012), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 9, 37.

799 V. le contrôle particulièrement léger des jugements rendus par les tribunaux des communautés religieuses par la Cour de cassation libanaise : comme le souligne M. MITRI, l'intention du législateur étatique est d' « *intervenir le moins possible dans les affaires des communautés* » (M. MITRI, « Le rôle de la Cour suprême libanaise en matière de statut personnel », *in Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Actes du Colloque organisé à Beyrouth les 13 et 14 mai 1999 par le CEDROMA – Faculté de droit et des sciences politiques de Saint-Joseph, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 122). V. plus précisément : V. PARISOT, *op. cit.*, n°516, p. 758 et s.

800 V. par exemple le système grec de reconnaissance et exequatur des décisions rendues par les muftis de tradition musulmane (art. 5 al. 3 de ma loi 1920/1991). En raison de l'absence de contrôle de fond prévu par la loi grecque, les juges allemands ont pu refuser de soumettre une décision de désunion rendue par un mufti à la méthode de reconnaissance (*Oberlandesgericht* Frankfurt am Main, 16 janvier 2006, 1 UF 40/04 ; *IPRax*, 2008, p. 252, note E. JAYME). V. *infra* n°500 et s. sur l'application de la méthode de reconnaissance des décisions aux ordres non étatiques.

lorsque la décision non étatique est rendue, un ensemble de sanctions sociales se met en œuvre, celle-ci produit des effets concrets. La possibilité d'une reconnaissance étatique suffit alors à admettre une reconnaissance caractérisée par son libéralisme.

- Peu importe l'existence ou non de règles de compétence d'autorités non étatiques, lorsque la norme concrète d'une instance de règlement des conflits au sens précisé ci-dessus (autonome, imposée) a déjà été reconnue (quelque soit le régime étranger : en tant que sentence arbitrale[801], en tant que décision d'une communauté étatique ou non), la norme émanant d'une instance de règlement des conflits au sens défini ci-dessus devrait être soumise aux méthodes de reconnaissance de droit français, puisqu'elle peut alors être considérée comme ayant une effectivité et une légitimité suffisantes. Il importe toutefois de vérifier qu'elle a été émise par une autorité non étatique internationalement compétente[802].

B- Autres techniques et méthodes en cas d'absence de sanction étatique

196. En l'absence de reconnaissance par les ordres juridiques étatiques, la norme non étatique ne connait ni d'effectivité, ni de légitimité suffisamment forte. Cela ne signifie pas que les normes non étatiques ne puissent être prises en compte par d'autres moyens : prise en considération, ordre public international[803], substitution, contrat, reconnaissance des sentences arbitrales ou des situations. Seulement, ces mécanismes restent exceptionnels, ne prennent pas en compte la norme étrangère en tant que telle mais en tant que fait et nécessitent parfois la réunion d'autres conditions pour être mobilisés par le juge : intervention d'une liberté ou d'un droit fondamental, du facteur temps, du respect de conditions de fond de droit français ou étranger.

Tel est le cas d'une norme d'une communauté religieuse ou ethnique dans un Etat ne les reconnaissant pas au sens dégagé ci-dessus. Ainsi, la norme de comportement de la communauté bahaïe en Iran, la remise du *guet* devant un tribunal rabbinique en Allemagne ou encore la décision d'un conseil rom relatif au sort de la dot en cas de rupture des fiançailles de ressortissants de l'ex-Yougoslavie[804] ne connaissent ni de légitimité, ni d'effectivité suffisantes pour pouvoir être soumises aux méthodes de conflit de lois comme de reconnaissance des décisions. Il en va de même pour les règles et décisions de certaines communautés professionnelles (tribunal arbitral de l'industrie du coton ou encore du diamant, tels qu'étudiés par L. Bernstein[805]).

---

801 Pour la Mauritanie, v. B. BOUBOU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le système juridictionnel mauritanien », *Les cahiers de la justice*, 2021/1, n°1, p. 37, spéc. n°26.

802 V. *infra* n°511 et s.

803 Pour un exemple de droit allemand, v. la décision du *Oberlandesgericht* Hamm 29 avril 1992, 15 W 114/91, *IPRax* 1994, p. 49 *IPRax* 1994, p. 49, spéc. p. 52 et s. : « *[s]i l'ordre juridique dont les normes ont vocation à s'appliquer en vertu du droit international privé allemand refuse de reconnaître une communauté religieuse et la contraint, par son droit interpersonnel, à se soumettre au droit d'une autre religion, cela peut certes constituer une violation de l'ordre public allemand* ». En l'espèce, l'application du droit iranien chiite à la succession d'un réfugié de nationalité iranienne appartenant à la communauté bahaïe pourrait constituer une atteinte à l'ordre public allemand. L'argument n'a cependant pas été retenu par le tribunal.

804 *Oberlandesgericht* Köln, 1994, 4 avril 1994, 20 U 226/92, *Fam*RZ 1994, 1523, *IPRspr.* 94, Nr. 32.

805 Pour l'industrie du diamant : L. BERNSTEIN, « Opting Out Of The Legal System : Extralegal Contractual Relations In The Diamond Industry », *Journal of Legal Studies*, 21, 1992, p. 115 ; pour celle du coton : « Private Commercial Law in the Cotton Industry : Creating Cooperation Through Rules, Norms and Institutions », *Michigan Law Review* 2001, p. 1724.

On se contentera, à ce stade de l'analyse, de passer en revue les différents mécanismes susceptibles de prendre en compte les normes d'ordres normatifs autonomes institutionnalisés (connaissant une instance de règlement des conflits[806]) non reconnus[807]. Il convient de préciser qu'il ne s'agit nullement de mécanismes propres à leur appréhension ; ces mécanismes sont également susceptibles d'intégrer ou d'accorder relevance à des corps de règles privés, ne répondant pas à la conception de la norme telle que nous l'avons dégagée. Il s'agit de l'autonomie prévue par le droit étatique (1) et de la prise en considération (2)[808].

1) Norme non étatique et autonomie de la volonté

197. En droit français, le principe d'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle fondent l'accueil de normes non étatiques dans les rapports internationaux privés par le régime de l'arbitrage interne ou international (a) et par l'incorporation au contrat d'exigences d'une norme non étatique (b). On peut dès à présent récuser le choix d'une norme non étatique comme loi applicable : cette position n'est pas défendue en droit positif[809], et ce, à juste titre[810]. Ainsi, les clauses de réserve de compatibilité avec la *charia*, qui s'analysent comme de véritables clauses de choix de loi, doivent être privées d'effet[811].

806 V. *supra* n°178 et s.

807 V. *infra* n°565 et s. pour des réflexions plus approfondies.

808 On ne reviendra pas à ce stade sur la reconnaissance des situations (v. *supra* n°148 et s. et *infra* n°553 et s.), dans la mesure où cette méthode est pensée pour les rapports internationaux et se comprend à la lumière des méthodes de conflit de lois et de reconnaissance des décisions.

809 Cette position a été réaffirmée notamment lors de l'adoption du règlement Rome I (C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II – L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *op. cit.*, spéc. p. 190 et s. La question du choix d'un droit non étatique semble s'être posée en raison de la rédaction d'un droit substantiel européen. V. R. MICHAELS, « Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts », *op. cit.*, spéc. p. 50), et ce, peu importe l'effectivité des normes non étatiques ; tant les Principes Unidroit que les normes religieuses ne peuvent être choisies par les parties (V. G. PILLET, O. BOSKOVIC, « Rome I, Choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a », *in* S. Corneloup, N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexisnexis, 2011, p. 173, spéc. n°25, p. 197). La solution est *a fortiori* la même pour les domaines non commerciaux, comme le droit de la famille.

810 *Contra* : D. SINDRES, *op. cit.* Pour notre critique, v. *supra* n°102 (sur le terrain de la légitimité). Pour une critique générale et approfondie du principe d'autonomie comme règle de conflit de lois, v. V. HEUZE, *La réglementation française, op. cit.*

811 Les tribunaux anglais, saisis de la question de la conformité d'un contrat de financement à la *charia* ont privé la réserve d'effet et appliqué uniquement le droit anglais. « *In Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd and others (Court of Appeal, 28 janvier 2004 [2004] EWCA Civ 19, [2004] 4 All* ER *1072) the Court of Appeals was asked to consider whether a particular contract was invalid under Shariah law. In that case, Beximco Pharmaceuticals entered into a* murabaha *agreement with Shamil Bank of Bahrain, a financial institution holding itself out to be a bank that conducts its business within the limits of Shariah law. The agreement was signed by the parties and resulted in the acquisition of nearly forty-seven million dollars in assets. The agreement contained a choice of law clause that read, "[s]ubject to the principles of the Glorious Sharia'a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England* » (R. MICHAELS, « The Re-State-Ment of Non State Law… », *op. cit.*, spéc. p. 1229). V. également W. BEN HAMIDA, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », *Annuaire Droit et Religions*, 2017-2018, vol. 9, p. 410, spéc. p. 422.

a) Norme non étatique et arbitrage

198. En dépit d'une possible approche institutionnelle[812], « *la logique des droits étatiques, susceptible de conditionner l'efficacité de la sentence arbitrale, est tout autre : elle est contractuelle* »[813]. Parce que les parties sont réputées opter pour l'arbitrage, compris comme un mode de règlement privé de leur différend, on en déduit qu'elles ne s'opposent pas à l'application de normes non étatiques par l'arbitre (dont elles peuvent par ailleurs prévoir l'application[814]). Il n'est pas question de s'intéresser à la manière dont les normes non étatiques sont mobilisées par l'arbitre[815] ; devant le juge français, l'application par l'arbitre de normes non étatiques ne fera, par principe, pas obstacle au mécanisme unilatéral de reconnaissance ou d'exequatur[816] des sentences arbitrales. Comme le souligne C. Legendre, « *[l]'arbitrage devient ainsi le vecteur essentiel du pluralisme juridique. Il permet à une pluralité de systèmes non étatiques de voir leurs règles appliquées et les décisions de leurs tribunaux revêtir le même statut qu'un jugement étatique* »[817]. La question de la consécration juridique d'un régime spécifique à l'arbitrage religieux a ainsi pu être posée dans certains Etats de *common law*[818], mais s'est heurtée à de fortes résistances[819].

---

812 Du moins pour l'ordre sportif. « *[E]n matière sportive, l'obligation de recourir à l'arbitrage repose originellement sur une disposition de nature institutionnelle* » (M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n°509, p. 207). L'arbitrage est qualifié d'« imposé » par un droit « *autoritaire et endogène* » (spéc. n°513, p. 208, n°450 et s., p. 181 et s.).

813 F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 529 et s. *Idem* : il conviendrait de « *recouvrir l'arbitrage en matière sportive d'un voile contractuel destiné à lui permettre de satisfaire aux exigences* » du droit positif de l'arbitrage (M. MAISONNEUVE, *op. cit.*, spéc. n°554, p. 226). Ceci est particulièrement visible en matière sportive : « l'acceptation par le juge étatique de faire produire effet à la clause compromissoire contenue dans le règlement d'une fédération sportive requiert de lui attribuer une nature contractuelle » (Y. HEYRAUD, *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, n°446, p. 238).

814 Pour l'arbitrage international : Art. 1509 et 1511 al. 1 du Code de procédure civile : les parties sont libres de choisir « les règles de procédure qu'elles souhaitent » et l'arbitre tranche le litige « conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées », la mention de « règles de droit » autorisant l'application de normes non étatiques (Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, Traités, 1996, n°1444 et s., p. 814 et s. ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Domat – Droit privé, 2ème éd., 2019, n°804 et s., p. 800 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, Thémis, 1re éd., 2016, n°757 et s., p. 484 et s.).

815 Pour une telle étude dans le domaine commercial et sportif, v. par exemple : Y. HEYRAUD, *op. cit.*, n°276 et s., p. 249 et s. ; F. DESSEMONTET, « The Application of Soft Law, Halakha and Sharia by International Arbitral Tribunals », *American Review of International Arbitration*, vol. 23, 2012, p. 545.

816 « *[L]a reconnaissance est l'admission par l'ordre juridique français de l'existence de la sentence, indépendamment de l'autorité qui y est automatiquement attachée »,* l'exequatur *« confère la force exécutoire et constitue, à ce titre, un préalable à l'exécution forcée de la sentence* » (Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, *op. cit.*, n°940, p. 934).

817 C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Paris, 2020, spéc. n°207, p. 181 et s.

818 Not. au Royaume-Uni (B. CHELINI-PONT, « L'expérience des cours d'arbitrage islamiques en Grande-Bretagne depuis 2008 », *in* O. Benoist (dir.), *Justice et diversité culturelle*, P. U. d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2016, p. 129), au Canada (P. BOSSET, « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », *Bulletin d'histoire politique* (numéro spécial intitulé La Laïcité au Québec et en France), vol. 13 (3), 2005, p. 79 ; N. MARZOUKI, « Les débats sur le droit islamique aux États-Unis et au Canada, entre égalité formelle et pluralisme », *in* B. Dupret (dir.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, 2012, p. 265), ou aux Etats-Unis (L. A. BAMBACH, « The Enforceability of Arbitration Decisions Made by Muslim Religious Tribunals : Examining the Beth Din Precedent », *Journal of Law and Religion*, 2009/2010 (vol. 25), p. 379 ; M. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels : Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017). La question qui se pose est celle de l'arbitrage dans le domaine du droit de la famille, ce qui explique l'existence de débats particulièrement passionnés sur le sujet.
V. *infra* l'inadéquation du régime actuel de l'arbitrage (n°573 et s.).

819 Pour le Canada, v. la proposition, n'ayant pas abouti, de M. BOYD (*Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, 2004, https://collections.ola.org/mon/9000/249162.pdf, consulté pour la

On observe par ailleurs que les ordres non étatiques tentent de se soumettre aux impératifs des droits nationaux relatifs à l'arbitrage, notamment en adoptant des règles procédurales se conformant au droit à un procès équitable[820].

b) Norme non étatique et incorporation

199. Également nommée par P. de Vareilles-Sommières « *autonomie matérielle encadrée* » ou « *autonomie restreinte* », il s'agit pour les parties de « *la faculté de fixer le contenu de leurs droits et obligations (autonomie matérielle) dans le cadre d'un droit substantiel applicable (autonomie encadrée). C'est de ce fait que les clauses substantielles du contrat, conclues par les parties dans le cadre de leur autonomie substantielle, ne sont pleinement efficaces entre les parties que dans la mesure où cette efficacité est admise par la loi applicable* »[821]. A la différence de l'application d'une loi non étatique en tant que *lex contractus*, les normes perdent leur statut de « loi applicable » pour être gouvernées, comme toute autre disposition contractuelle, par une loi étatique, et ce notamment dans l'ensemble de ses dispositions impératives. La norme non étatique perd son statut de norme, confrontée uniquement aux lois de police du juge saisi, pour être considérée comme du fait. Cependant, certains auteurs y ont décelé une « *norme de relevance* », permettant notamment la coordination avec des normes religieuses[822].

L'incorporation de normes non étatiques est une technique connue du droit positif, notamment reprise par le règlement Rome I. La question du traitement des normes non étatiques a fait l'objet de débats lors des négociations ayant abouti au règlement. Le texte finalement retenu dans son article 3 (1) ne prévoit pas la possibilité de choisir une norme non étatique comme *lex contractus*. Cependant, le préambule prévoit au considérant 13 que le règlement « n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale » ; « *les parties n'auraient donc pas la faculté de choisir un droit non étatique autrement qu'en l'incorporant dans le contrat* »[823]. Le règlement n'opère aucune distinction entre les différentes normes : le droit religieux fait l'objet du même traitement que la *lex mercatoria*. Le choix d'un droit religieux comme la *charia*

---

dernière fois le 31/08/2024). Cette proposition du rapport du Procureur Général de l'Ontario fait suite à celle de l'Institut islamique de justice civile d'arbitrer des litiges conformément au droit privé islamique.

820 M. J. BROYDE, « Jewish Law Courts in America… », *op. cit.*. V. en particulier la possibilité d'insérer une « clause Liberman » au contrat religieux, en vertu de laquelle, en cas de divorce, le mari s'engage à délivrer le *guet* (I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé…*, *op. cit.*, n°242 et s., p. 147 ; rappr. M.-C. FOBLETS, « Les juges belges et l'application de la loi étrangère en droit de la famille », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 409, spéc. p. 422 et s.).

821 P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016/2, p. 409, spéc. n°24.

822 S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022, n°66, p. 84 : « *dans les matières laissées à l'autonomie de la volonté des parties à la relation de droit privé, le contrat peut jouer le rôle du cadre juridique par lequel les normes religieuses acquièrent droit de cité dans l'ordre juridique français. Toutefois, le propre de l'ordre juridique français est moins d'avoir utilisé le contrat comme norme de relevance que d'en avoir fait la norme de relevance exclusive du droit privé* ». Pour une juste critique : G. SALAME, Compte rendu de l'ouvrage de S. Ramaciotti, *RCDIP*, 2023, p. 502 : « *[i]l n'est néanmoins pas certain que le contrat soit une norme de relevance. En effet, l'auteure n'établit pas que les conditions d'existence, d'accueil et les effets des ordres religieux, leur relevance pour reprendre l'expression de Santi Romano (op. cit., p. 106), soient dictées par le seul contrat. Madame Ramaciotti admet d'ailleurs et notamment que, lorsqu'au titre des stipulations contractuelles il est fait application d'une prescription religieuse, c'est le* législateur *qui, par le truchement des institutions civiles de rattachement, « ouvre la brèche, c'est aussi lui qui la referme, et c'est encore lui qui en donne la forme » (p. 179). En outre les éléments que l'auteure apporte pour établir la subordination des ordres religieux à l'ordre étatique permettraient à notre sens d'aller plus loin, pour conclure à leur irrelevance. […] Aussi, il ne nous semble pas que le juge dépouille la norme issue de l'ordre religieux de son caractère de norme (p. 202) mais plutôt qu'il se désintéresse des ordres religieux (à supposer qu'ils existent) pour se soucier exclusivement des stipulations contractuelles, vecteurs du sentiment religieux des plaideurs* » (nous soulignons).

823 H. KENFACK, « Le règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009/1, p. 1, spéc. n°12.

ne vaudrait pas choix de loi au sens du droit international privé, mais simple incorporation du droit islamique dans les limites prévues par la loi normalement applicable au contrat.

2) Norme non étatique et prise en considération

200. Le mécanisme de prise en considération est principalement connu de la doctrine de droit international privé[824] mais ne se limite pas à cette matière[825]. Alors que la loi étrangère serait appliquée dans son présupposé comme dans ses effets, la prise en considération fait entrer la norme étrangère dans une condition matérielle d'une norme française[826]. La norme non étatique n'est pas prise en compte dans ses effets, elle produit des « *effets indirects, c'est-à-dire des effets que cette dernière n'a pas elle-même prévus ou posés* »[827]. Ainsi, « *le for* [le juge étatique ici] *ne renonce nullement à faire prévaloir son point de vue* »[828].

Ce mécanisme permet d'accorder une relevance à tout type de normes. Il peut ainsi être utilisé pour prendre en compte des normes non étatiques, par exemple religieuses[829] ou professionnelles[830]. Son fondement est celui de l'effectivité, comme le souligne E. Fohrer Dedeurwaerder : « *[l]a mise en œuvre de la prise en considération trouve son fondement dans l'effectivité de la loi qui en est l'objet, car c'est l'influence*

---

824 Plaidant pour une revalorisation de cette technique, H. MUIR WATT, « Private international law beyond the schism », *Transnational Legal Theory* 2011, vol. 2, n°3, p. 347, spéc. p. 416 : « *The resource that unilateralism has to offer here is known as « incidental application » (or 'prise en considération'), which constitutes a formidable tool for reconnecting heterogeneous norms. It is often the case that a non state norm is undoubtedly relevant but formally inapplicable in the sense that it does not meet the 'entry requirements' set up by private international law – such as belonging to private law, being of state origin, being valid under public international recognition standards. (…) the tool of 'incidental application' allows for the recognition of the relevance of norms originating in another legal order, and otherwise, deprived of any official currency* ». V. aussi : D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé,* Masson, 1987, n°315 et s., p. 192 et s. ; D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Univ. Paris 1 Panthéon Sorbonne, 2002, polycop., p. 174 et s. ; E. FOHRER DEDEURWAERDER, *op. cit.* ; E. PATAUT, « Soft law et prise en considération. Quelques remarques à partir du droit social international », *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* sous la dir. de P. Deumier et J.-M. Sorel, LGDJ, 2018, p. 349.

825 « *La prise en considération d'une norme ne semble susciter d'intérêt que pour la doctrine de droit international privé. Pourtant, elle existe aussi en droit purement interne, à cela près qu'elle ne porte pas sur des normes, le terme étant pris comme synonyme de règles de droit. Dans un différend qui n'implique aucun élément exogène, il arrive que le juge prenne en considération un précepte non juridique – tout au moins non étatique – au moment d'appliquer le droit. Pareil procédé lui permet de tenir le compte nécessaire de la réalité liée à l'incidence de certaines données de l'espèce, telles que la religion d'un individu ou les règles du sport à l'origine du litige* » (E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *op. cit.*, p. 4 et s.).

826 V. les distinctions dégagées par D. BODEN entre substitution de conditions, addition de conditions et confirmation de conditions (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance, op. cit.*, n°133 et s., p. 176 et s.). Les deux derniers cas se différencient en fonction du caractère indispensable ou non du respect des conditions de la norme prise en considération pour l'élaboration de la norme dérivée. On ne s'arrêtera pas sur le cas de l'application secrètement parallèle de la norme non étatique, précisément en raison de son caractère secret.

827 E. FOHRER DEDEURWAERDER, *op. cit.*, p. 2.

828 P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.,* spéc. p. 224.

829 V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, p. 398 et s. : « *Il peut être tenu compte de la religion de l'individu tout en respectant le principe de laïcité en recourant au mécanisme juridique de la prise en considération – et non à celui de l'application – des règles confessionnelles. L'analogie, fréquemment relevée, entre la reconnaissance par l'ordre juridique étatique de l'ordre normatif religieux et l'application par le juge français de lois étrangères se heurte donc à une limite qui n'est pas seulement théorique : tandis que les lois étrangères sont appliquées en tant que règles de droit, les règles religieuses, dont on ne nie pas qu'elles constituent, du point de vue de la communauté qui les pose, de véritables ordres juridiques, sont considérées comme de simples faits par l'ordre juridique laïque* ». Pour la jurisprudence sur le droit hébraïque, v. par exemple : Civ. 2, 21 novembre 1990, n°89-17.659, *D.* 1995, p. 245 note E. AGOSTINI ; CA Versailles, 16 février 2012, ch. 01, sect. 01, n°10/04809, n°Jurisdata 2012-002317 ; *RDLF* 2013, chron. 10, note J.-M. HISQUIN.

830 Com., 29 avril 1997, n°94-21.424 ; *D.* 1997, p. 459, note Y. SERRA ; *RTD civ.* 1998, p. 218, obs. R. LIBCHABER ; *JCP G* 1997, I, 4068, obs. G. VINEY ; Com., 12 juillet 2011, n°10-25.386, *D.* 2011, p. 2782, note A. ROBERT. Sur une proposition de prendre en considération les codes de conduite des entreprises : A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, Institut Universitaire Européen de Florence, 2001, p. 307. V. en particulier les décisions *Erika* et *Nike* (v. *supra* n°79).

que celle-ci a pu exercer sur le comportement des intéressés au moment où ils ont agi ou qu'elle exerce encore sur le différend, qui conduit le juge et/ou le législateur à ne pas la tenir pour indifférente »[831]. La prise en considération permet ainsi de tenir compte de normes qui ne sont certes pas reconnues comme telles mais qui s'imposent effectivement. Dans la mesure où la norme prise en considération ne produit que des effets indirects, l'effectivité prime sur la légitimité[832].

Ces techniques ont cependant en commun de rétablir une hiérarchie entre droit étatique et norme non étatique. La norme non étatique n'est pas considérée en tant que telle, mais en tant que fait.

201. Conclusion de la section. La notion de norme non étatique a été précisée pour les besoins du droit international privé : celle-ci doit appartenir à un ordre normatif caractérisé par l'existence d'une instance autonome de règlement des conflits. Placer au centre de l'analyse l'existence concrète d'une instance de règlement des conflits permet de s'assurer à la fois de la réalité sociologique de l'ordre normatif non étatique et de ne pas évincer des ensembles de normes ne répondant pas aux exigences systémiques prêtées aux règles de droit étatiques (complétude, caractère écrit…). Il s'agit d'adopter une vision organique de l'ordre normatif.

Définir les instances de règlement des conflits en dehors du modèle étatique n'est pas tâche aisée. Le critère du caractère imposé de leur intervention ne peut, à ce stade de l'analyse, être considéré comme pertinent. D'une part, car il est difficile à apprécier pour le juge français saisi du litige (un indice pourrait toutefois être celui de la publicité de la décision rendue, qui seule permet le déclenchement de sanctions sociales intracommunautaires). D'autre part, car le rejet des ordres dits négociés doit s'apprécier au regard des objectifs de la matière personnelle et familiale. En effet, à ce stade du raisonnement, une approche intégrant des considérations de légitimité fondée sur la volonté des parties ne peut être foncièrement rejetée.

L'effectivité sociale de la norme non étatique justifie sa prise en compte en droit par divers mécanismes (prise en considération, reconnaissance des situations, des sentences arbitrales). La mise en œuvre des méthodes de conflit de lois et de reconnaissance des décisions ne peut cependant se satisfaire de l'effectivité factuelle d'un ordre normatif autonome. Se contenter de celle-ci reviendrait à penser la coordination avec des ordres normatifs effectifs mais non légitimes dans la perspective de l'ordre juridique français (mafia, organisations terroristes, ordres négociés poursuivant une rationalité particulière). L'accès à la sanction étatique, nécessairement appréciée de manière abstraite pour les méthodes de conflit de lois, permet de s'assurer d'une effectivité maximale de la norme non étatique ainsi que de supposer une légitimité suffisante de celle-ci. Lorsque l'accès à la sanction étatique étrangère est prévu ou effectif, aucun obstacle ne s'oppose à une relevance des normes non étatiques selon les méthodes de droit international privé.

---

831 E. FOHRER DEDEURWAERDER, *op. cit.*, n°146, p. 106.

832 Comp. P. KINSCH : « *la prise en considération du fait du prince étranger ne se borne pas à la constatation de ce qu'une norme étrangère met effectivement obstacle à l'exécution d'une obligation ; elle en déduit les conséquences juridiques à partir des effets normalement reconnus à l'impossibilité d'exécution ou à la force majeure. Ce sont les règles de la force majeure qui définissent également les modalités de l'effet libératoire du fait du prince* » (spéc. n°187, p. 231). Il convient cependant de souligner que l'auteur fonde partiellement la prise en compte du fait du prince sur le respect de la souveraineté étrangère (n°111 et s., p. 126 et s.).

202. Conclusion du chapitre. Rechercher un concept opérationnel de norme non étatique a permis de dégager une notion autonome de l'Etat en droit international privé. Alors que la notion est classiquement comprise comme identique à celle du droit international public, certaines difficultés de détermination de l'Etat apparaissent en présence de prétentions étatiques concurrentes, définies comme la prétention à un pouvoir normatif exclusif sur un territoire et sur une population donnés. Ces difficultés concernent principalement la méthode bilatérale, qui suppose la détermination d'une loi unique à l'aide d'un rattachement personnel ou territorial. Or une telle méthode ne peut prendre en compte l'existence de prétentions étatiques simultanément concurrentes et est susceptible de mener à l'application d'une norme étatique dépourvue d'effectivité concrète.

Il convient d'ériger l'effectivité concrète en condition de définition de l'Etat. Celui-ci est alors défini comme le pouvoir normatif effectif ayant une prétention exclusive sur un territoire et une population donnée. D'autres autorités que les Etats du droit international public répondent à une telle définition : certaines autorités *de facto* concurrençant un Etat défaillant et certains « Etats » infra-étatiques. L'effectivité concrète s'apprécie au regard d'un faisceau d'indices et au regard du litige concret dont le juge français est saisi. Il s'agit du seul critère disponible permettant de départager des prétentions antagonistes, visant à un pouvoir normatif exclusif. Il s'agit par ailleurs d'un critère satisfaisant afin de désigner directement une autorité locale ayant un pouvoir identique à celui d'une autorité étatique au sens du droit international public, sans effectuer le détour de la consultation des règles internes de conflit de l'Etat étranger (lorsque celles-ci existent).

L'effectivité concrète joue également un rôle lorsqu'il est question de l'accueil de normes non étatiques ; d'ordre social, l'effectivité concrète est un outil qui n'est pas utile à départager des prétentions qui ne sont pas en situation de parfaite concurrence : comment départager l'effectivité juridique de la norme étatique et celle, sociale, de la norme non étatique ?

L'enjeu de l'accueil des normes non étatiques est précisément celui-là : la difficulté de saisir le non-étatique par des critères, nécessairement réfléchis au regard des droits étatiques. Ainsi, les critères institutionnels (législateur, organes de sanction, règles secondaires, systèmes de gestion avec les autres normes, juridiction) ou normatifs (système de normes autonome et complet) qui peuvent être proposés se heurtent nécessairement à la différence radicale et leur admission comporte le risque de ne retenir que des ordres quasi-juridiques.

Deux choix ont été effectués. D'une part, retenir une condition institutionnelle minimale, celle de l'existence d'un ordre caractérisé par une instance imposée de règlement des conflits, permettant de s'assurer de la réalité sociologique de la norme non étatique. D'autre part, supposer un degré d'effectivité et de légitimité maximal lorsque les normes de l'ordre non étatique sont susceptibles d'une sanction étatique, cette condition s'appréciant au mieux à l'aide des normes étatiques de coordination.

Ces premières conditions impliquent une ouverture restreinte aux normes non étatiques, dépendant d'une certaine reconnaissance par un pouvoir étatique. D'autres outils de coordination existent cependant, permettant d'accorder une certaine relevance aux normes ne répondant pas aux conditions posées (contrat, prise en considération).

203. Conclusion du titre. L'adoption du pluralisme normatif comme cadre de réflexion de l'appréhension des normes non étatiques en droit international privé se révèle une approche satisfaisante : elle permet de penser le pluralisme tout en accordant à la norme étatique un statut spécifique et justifié au regard des objectifs d'effectivité et de légitimité inhérents à l'application d'une norme étrangère en tant que base de déduction du syllogisme effectué par le juge français. Plus concrètement, la norme non étatique est considérée comme telle pour les besoins du droit international privé lorsqu'elle est susceptible de connaitre une sanction étatique étrangère ou bien la connait effectivement. Ce n'est cependant pas l'unique condition de relevance jusqu'ici relevée : afin de caractériser son autonomie normative, la norme non étatique s'insère nécessairement dans un ordre normatif caractérisé par l'existence d'une instance de règlement des conflits imposée. Un tel critère permet également de s'assurer de l'effectivité de la norme non étatique : l'intervention de l'instance de règlement des conflits implique la réalité de la norme non étatique par l'expérience sociale de celle-ci. Lorsque l'instance de règlement des conflits s'impose aux parties, elle déclenche un ensemble de sanctions sociales garantissant une effectivité sociale de la norme non étatique. Le caractère restreint de l'ordre normatif, la publicité de la décision non étatique au sein de celui-ci sont des indices du caractère imposé de l'intervention de l'instance de règlement des conflits.

La norme non étatique est donc fondamentalement sociale, « *en prise avec le réel* »[833]. C'est à ce titre qu'elle est relevante, peu importe son éventuel caractère religieux (qui peut par ailleurs également caractériser une norme étatique) ou encore son insertion dans un groupement d'intérêt privé.

Concevoir la distinction entre normes juridiques et normes sociales permet de penser différemment les termes de la relation entre celles-ci.

Les normes juridiques se comprennent au regard d'un territoire et d'une population donnés et peuvent donc éventuellement se retrouver en situation de concurrence parfaite. Tel est le cas en présence de revendications étatiques contraires, soit relatives à un même territoire et à une même population. Du point de vue du juge français et pour les besoins du droit international privé, il convient de considérer comme loi étatique la loi qui, en plus des éléments usuels de définition de l'Etat selon le droit international public (gouvernement, territoire, population), connait pour le règlement du litige particulier une effectivité concrète. Cette condition vient en amont préciser le concept d'Etat étranger en droit international privé, venant proposer une définition autonome de ce concept. L'ajout de cette condition vient qualifier d'Etat des entités autonomes considérées usuellement comme infra-étatiques. La catégorie de « loi étatique » est ainsi élargie et vient corrélativement préciser celle de norme non étatique.

Les normes non étatiques ne prétendent pas à une vocation normative exclusive sur un territoire et une population déterminés. On peut en ce sens considérer qu'elles sont d'une nature radicalement distincte des normes étatiques et ne peuvent être en situation de concurrence parfaite avec celles-ci. Du point de vue étatique, la coordination peut donc se penser différemment. En

[833] Sur cette expression, utilisée cependant pour caractériser le lien entre droit et sanction juridique : Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p. 197, spéc. p. 197.

droit international privé, et sous les conditions rappelées ci-dessus, les normes non étatiques peuvent se voir accorder une certaine relevance.

A ce stade, on retiendra que la norme non étatique est une norme sociale, intégrée à un ordre normatif caractérisé par l'existence d'une instance de règlement des conflits et dont la décision est susceptible d'une sanction étatique étrangère. Cette définition n'est cependant que provisoire : confrontée au domaine personnel et familial, la catégorie des normes non étatiques devra connaître une nouvelle précision.

Titre 2 : Les conditions de relevance des normes non étatiques propres au domaine personnel et familial : la désignation d'une communauté socioculturelle

205. Plusieurs conditions de relevance des normes non étatiques ont pu d'ores et déjà être relevées : la norme étrangère accueillie en droit international privé ne peut appartenir à un ordre que l'ordre juridique français, de son point de vue, co-crée (ordre sportif, ordre coutumier néo-calédonien…), l'ordre étranger doit connaitre une instance de règlement des conflits et la décision émise par celle-ci doit être susceptible d'une sanction étatique, permettant de garantir une effectivité juridique de la norme non étatique ainsi que sa légitimité.

A ces conditions peut s'adjoindre une condition spécifique au domaine personnel et familial : l'ordre non étatique est une communauté socioculturelle[834].

Une telle affirmation, énoncée sur le terrain de la matière personnelle et familiale, n'est pas plus évidente que sur le terrain de la théorie générale du droit international privé : à se pencher sur le droit positif, et plus précisément sur le règlement Rome III, celui-ci se réfère expressément à « la loi de l'Etat », ce qui semble de toute évidence exclure la relevance de normes non étatiques, notamment religieuses[835]. Cette définition de l'ordre non étatique est toutefois la seule satisfaisante lorsqu'il est question de penser les rapports entre norme étatique et norme non étatique étrangère. A la communauté socioculturelle répond un ensemble de caractéristiques qui peuvent faire l'objet d'une systématisation. Tout particulièrement, la communauté socioculturelle est marquée par son caractère local, permettant la prise en compte des rapports entre normes étatiques et non étatiques. Si ce caractère peut paraitre, au regard de la prétention à l'universalité de certains ordres non

---

834 Comme le résume si bien M.-T. MEULDERS KLEIN : *« [f]or family law is not a Lex mercatoria. It is a body of law made up of flesh and blood [...] family law is-even still today-characterized by its diversity, deeply rooted in peoples'history, culture, mentalities and values. [...] There is a need to be aware of this before imposing on peoples the uniformization of their laws in such a sensitive area »* (« Towards European Civil Code on Family Law ? Ends and Means », *in* K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives On The Unification And Harmonisation Of Family Law In Europe*, 2003, p. 105, spéc. p. 109 et s.).
Puisque le concept de communauté vient se superposer au concept d'ordre normatif précédemment dégagé, il ne peut souffrir de la critique, émise par S. ROMANO, que le concept de communauté est « *trop étroit, moins complet et moins juridique que celui d'institution* » (*L'ordre juridique,* trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, 2ème éd., 2002, spéc. §32, p. 97). Si le terme de communauté a en commun avec les notions d'ordre juridique ou de système juridique l'idée d'unité, il propose une représentation radicalement différente de l'appartenance et ainsi de la normativité (v. ainsi C. RYNGAERT, concevant la communauté comme alternative à l'Etat (et plus spécifiquement au territoire) en droit international ; « Territory in *the* Law *of Jurisdiction* : Imagining Alternatives », *in* M. Kuijer and W. Werner (éd.), *Netherlands Yearbook of International Law 2016 : The Changing Nature of Territoriality in International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, p. 49).
On se gardera d'un raisonnement *a contrario* : en aucun cas il n'est ici affirmé que la communauté socioculturelle n'a pas également une relevance en matière commerciale. On se referrera notamment à l'article de S. BRACHOTTE (« The Limits of Arbitration Law in Addressing Cultural Diversity : The Example of Ismaili Arbitration in the United Kingdom », *Laws*, 2021, 10 (n°2), p. 47), dans lequel l'auteure conclue que « *it leads to challenge the legal official depiction of commercial arbitration as a purely economic, non-political, and non-religious type of arbitration. This article has shown that arbitration law can negatively impact the navigation of cultural diversity both directly (by not granting any legal space to some conceptions of arbitration, like the Ismaili one) and indirectly (by reducing the scope of protection of cultural diversity by other laws). It also leads to challenge the legal conception of commercial arbitration, however historically justified, as separated from issues of citizenship, sovereignty, and politics in general* ». V. également : « Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297.
835 P. HAMMJE, « Divorce et séparation de corps – La loi applicable au divorce », *Répertoire de droit international,* Dalloz, novembre 2018, spéc. n°170. L'auteure ajoute : « *[i]ndirectement, cela rejoint la définition étroite du divorce relevant du règlement, qui doit nécessairement être prononcé par une autorité étatique et ne peut être purement privé : il doit donc aussi être régi par une loi étatique* ».

étatiques, contre-intuitif, il convient de souligner dès à présent que la communauté socioculturelle est pensée comme un archétype au service des outils du droit international privé : penser la communauté comme locale permet d'aboutir à des résultats, nous le verrons, davantage satisfaisants.

Réfléchir aux rapports entre norme étatique et norme non étatique étrangère est nécessaire lorsqu'on étudie le domaine personnel et familial, car cette matière touche à un enjeu fondamental pour les ordres normatifs, celui de la définition de leur identité-même. Certes, le droit international privé est davantage tourné vers les intérêts des individus et est ainsi marqué par la référence plus ou moins explicite à l'identité de ceux-ci, référence qui connait par ailleurs différentes manifestations[836]. Il convient toutefois de revenir sur la dimension collective de l'identité, en soulignant l'existence d'une relation et d'une tension inéluctables entre identités individuelles et collectives (chapitre 1). La réhabilitation de l'identité collective, et la mise en lumière d'une identité collective non étatique, permettent de penser une autre tension, celle, non systématique, entre appartenance étatique et appartenance non étatique. Penser cette distinction nécessite de construire la notion de communauté socioculturelle. S'attarder sur la détermination des caractéristiques de la communauté socioculturelle se révèlera quant à elle utile à la conception d'un régime particulier des normes non étatiques dans le domaine personnel et familial (chapitre 2).

[836] G. NEYRAND, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 93, spéc. p. 102 et s. ; P. MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », *in* B. Mallet-Bricout *et alii*, *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 51.

Chapitre 1 : La tension entre identité(s) individuelle(s) et identité collective comme fondement du particularisme de la matière personnelle et familiale

207. Partir des objectifs poursuivis par les règles de conflit de lois en matière personnelle et familiale afin de penser la relevance des normes non étatiques est une démarche classique[837]. Cette même approche a pu être proposée afin de penser la problématique des conflits internes de lois[838] : il s'agirait de se fonder sur les objectifs poursuivis par la règle de conflit de lois du for pour apprécier l'utilité de la consultation des règles de conflit internes de lois étrangères, en s'appuyant sur les directives dégagées pour admettre la figure du renvoi[839] ou pour résoudre le conflit transitoire du droit étranger[840].

Traditionnellement, la matière personnelle et familiale est caractérisée par ce que D. Gutmann a pu nommer une « *véritable philosophie de l'identité personnelle, centrée sur cette idée qu'il existe, au moins du point de vue juridique, une immutabilité des caractéristiques essentielles de la personne* »[841]. Définir la notion-même d'identité est une entreprise délicate[842] ; il reste que l'idée de permanence et de continuité marquant la matière personnelle est fortement ancrée en droit international privé et repose sur l'idée, exprimée par Batiffol, qu'« *une personne ne change pas de nature par cela seul qu'elle franchit une frontière* »[843]. Pour la résolution du conflit interne étranger, l'idée de permanence a été interprétée comme commandant un alignement de la position du for sur celle de l'Etat étranger et ainsi la consultation de ses règles de conflit interne. Comme le souligne H. Muir Watt dans sa thèse, « *en principe, au regard de l'objectif d'effectivité poursuivi par la règle de conflit, le rattachement exprime nécessairement un lien avec la loi d'un lieu déterminé […]. Parfois cependant, la règle de conflit peut elle-même viser l'alignement de son choix de l'ordre subordonné compétent sur celui du droit interlocal étranger* »[844].

---

[837] Pour une présentation des doctrines remettant en cause le particularisme du droit de la famille, notamment au regard du rôle de la volonté : S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2022, n°156 et s., p. 112 et s.

[838] H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, préf. D. Holleaux, Paris II, 1985, n°408, p. 475 et s. V. également : V. PARISOT, *Les conflits internes,* IRJS Ed., tome 46, Paris, 2013, n°1604, p. 2381.

[839] V. not. la doctrine allemande, telle qu'exposée par J. VON HEIN, *in Münchener Kommentar BGB*, 10ème éd., 2024, sous l'art. 4 EGBGB, n°184 et s., p. 363 et s. *Contra* : V. PARISOT, *op. cit.*, n°1588 et s., p. 2356 et s.

[840] Et notamment les travaux de P. COURBE (*Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, thèse, Université de Rouen, 1983). S'attacher aux objectifs de la règle de conflit de lois, c'est refuser une approche relative à titre principal à la nature (territoriale, personnelle ou subjective) de l'élément de rattachement ou encore à celle (interpersonnelle, interlocale) du conflit interne étranger.

[841] D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité (Etude de droit des personnes et de la famille)*, préface F. Terré, LGDJ, 2000, n°448, p. 376.

[842] R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « "Barre oblique" et droits fondamentaux – retour sur la composante religieuse de l'identité au Liban », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 61, spéc. p. 63 et s. Il reste que, bien que peu précis, le terme connait un succès certain, comme en témoigne le titre de l'ouvrage cité. Particulièrement dans le cadre de ce travail, et comme il va être montré, ce terme est un des outils permettant de penser au-delà de l'Etat.

[843] H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002, n°125, p. 282. V. également P. COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, thèse, Université de Rouen, 1983, n°294, p. 423 et s. ; J. DEPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *op. cit.*, n°67, p. 144 ; I. FADLALLAH, v°« Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2003, n°21.

[844] H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°408, p. 475 et s.

208. Une importante précision peut être apportée : il s'agit classiquement de protéger la continuité d'une identité juridique ou civile[845], et non d'une identité personnelle ou encore sociale. Derrière cet objectif précisé se distinguent deux types d'intérêts en tension et qu'il convient de concilier : celui de l'individu, pour lequel l'identité civile sert de repère (mais elle n'est éventuellement pas la seule pertinente) et celui de l'Etat (éventuellement étranger) veillant au respect de son identité collective, de son organisation sociale[846].

Si la distinction entre intérêts collectifs et individuels irrigue, en droit international privé, toute réflexion sur l'élaboration de la règle de conflit de lois[847], c'est la dimension identitaire[848] qui vient donner sa spécificité au domaine personnel et familial[849] : si celle-ci est aujourd'hui de plus en plus prise en compte dans son volet individuel par la prépondérance des intérêts individuels et l'attention portée aux « sentiments » d'identité (section 1), il convient davantage de souligner la dimension collective de l'identité, à l'heure où des réseaux d'appartenance autres qu'étatiques revendiquent plus ouvertement, du moins du point de vue des ordres juridiques occidentaux, le respect de leur identité[850] (section 2).

---

845 « *L'identité civile est l'individu vu par le droit. Elle est qualifiée par le droit et agglomère les éléments qui concourent à l'identification de la personne, à commencer par son nom, son prénom, son sexe, sa filiation. Elle participe de l'état de la personne dans un objectif de police civile, encore qu'elle ne se limite pas à cette finalité. L'identité sociale, plus floue sous l'œil du droit, est l'individu vu par lui-même et par la collectivité. C'est l'être saisi dans son individualité, sa singularité et la représentation que lui-même ou autrui s'en fait dans son biotope social. Cette ipséité est volontiers ressentie ou perçue comme un sentiment d'identité* » (G. LOISEAU, « L'identité… finitude ou infinitude », *in* B. Mallet-Bricout, T. Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 29, spéc. p. 29).

846 Il s'agit ainsi de perpétuer cette distinction et conciliation au sein de la règle de conflit de lois entre intérêts individuels et collectifs et de rejeter l'idée selon laquelle, notamment en matière familiale, les droits fondamentaux opéreraient une fusion des intérêts privés et publics, ayant pour conséquence méthodologique la renaissance du statutisme. V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome 1, n°345, p. 393 ; A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Trav. com.fr. DIP*, 1994-1995, p. 209, spéc. p. 224 (« *La liberté de l'individu est certes conservée et protégée, mais elle s'intègre dans une perspective fondée sur le bien commun. L'intérêt de la personne apparaît ainsi entouré par l'intérêt général de la société et de l'Etat. La règle de conflit de lois doit également s'inspirer de cette orientation dans la conception du droit et des libertés et intégrer pleinement dans sa finalité l'intérêt des Etats à l'application de leurs lois* ») ; « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI,* vol. 341, 2009, p. 21, n°20, p. 47. V. *infra* (n°356 et s.) sur les raisons du rejet de la méthode unilatéraliste de conflit de lois.

847 V. not. H. BATIFFOL, « Les intérêts de droit international privé », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts : Bewahrung oder Wende ? Festschrift für Gerhard Kegel*, Alfred Metzner Verlag, 1977, p. 11.

848 L'identité est une notion très délicate à définir et nécessairement subjective. On retiendra avec A. MUCCHIELLI qu'il s'agit d'un « *ensemble de significations (variables selon les acteurs d'une situation) apposées par des acteurs sur une réalité physique et subjective, plus ou moins floue, de leurs mondes vécus, ensemble construit par un autre acteur. C'est donc un sens perçu donné par chaque acteur au sujet de lui-même ou d'autres acteurs* » (*L'identité*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2021, p. 118).

849 Il ne s'agit pas ici d'élever l'identité en principe de solutions en droit international privé. En effet, en tant que telle, l'identité n'est pas une notion permettant l'élaboration de solutions concrètes. Relevant ainsi la faible incidence de l'identité en droit international privé, v. M. LAAZOUZI, « L'identité en droit international privé », *in* B. Mallet-Bricout, T. Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 185.

850 V. la déclaration de l'Archevêque de Canterbury suggérant que les communautés musulmanes pourraient vivre, en Angleterre et sous certaines conditions, selon la *charia* (R. GRIFFITH-JONES, « The "Unvoidable" Adoption of Sharia's Law – The Generation of a Media Storm », *in* R. Griffith-Jones (éd.), *Islam and English Law : Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, 2013, p. 9 ; H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°328, p. 330) ; Cour EDH, n°20452/14, 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce.*

Section 1 : Les rapports personnels et familiaux perçus à la fois comme fondement et comme expression de l'identité de l'individu

210. La protection de l'identité de l'individu, ou de sa personne, ne s'exprime pas aujourd'hui, en droit positif, uniquement par la directive de la permanence (dans l'espace, dans le temps) du « statut »[851] civil de l'individu : l'essor de l'autonomie de la volonté[852], du rattachement de la résidence habituelle, ou encore de la recherche d'une unité du statut familial ou celle de l'épanouissement personnel ne peuvent être rattachés à l'unique directive de la permanence du statut personnel et familial. Plutôt que de dégager l'ensemble des objectifs poursuivis dans le domaine personnel et familial, raisonner en termes de tensions permet de saisir plus justement le particularisme de la matière et de penser la communauté non étatique. Comme le souligne très justement L.-L. Christians,

« *[à] la question classique d'une identité de soi qui s'établit dans le temps au travers d'états physiques et mentaux différents, succède progressivement le paradoxe de l'autonomie, qui conduit l'identité personnelle à s'inscrire dans les querelles du donné et du construit, de l'enracinement et de l'arrachement, de l'oppression et de la libération, du fanatisme et du relativisme… C'est dire que les approches philosophiques contemporaines de l'identité personnelle auront précisément et avant tout à s'interroger sur la recomposition croisée des identités collectives et individuelles : entre un individu réputé fort, qui pourrait sans s'épuiser reconstituer sans cesse, ex nihilo, les termes complexes de son identité personnelle et un individu acté dans sa faiblesse, parce qu'il ne se serait pas dépris de tout référent préconstitué* »[853].

C'est ce « *paradoxe de l'autonomie* » qui nous occupera tout particulièrement à ce stade de l'analyse, car il fournit un élément majeur de compréhension des raisons de la parcellisation, maintes fois actée, de la matière[854]. En effet, l'identité personnelle est particulièrement difficile à saisir : au cœur d'une dynamique entre volontarisme et déterminisme (ou entre individualisme et communautarisme), elle est intrinsèquement ambigüe (I), et ne peut donc être appréciée d'un point de vue strictement volontariste (II).

---

851 M. HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, thèse, Paris 1, 2001, n°36, p. 45 : « *[é]tymologiquement, le terme statut renvoie à la fois à l'acte qui établit une règle ou un ensemble de règles (*statutum*) et à la condition juridique qui en résulte pour une personne, une catégorie de personne ou une institution (*status*) ». La notion de statut personnel désigne « *tantôt un ensemble de qualités juridiques de la personne (*status*) pour lequel il s'agit de déterminer la loi applicable ; tantôt la loi (*statutum*) elle-même qui régit la personne quant à cet ensemble de qualités juridiques* » (P. FRANCESCAKIS, « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1969, tel que cité par J.-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé,* Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 167).

852 J.-Y. CARLIER, *ibid.*

853 L.-L. CHRISTIANS, « Dimensions philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 63, spéc. p. 63 et s.

854 I. FADLALLAH, « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2003 (actualisation en 2011), n°15 : « *À force de parcellisation, la notion de statut personnel se dissout. Elle n'exprime plus un état constant qui suit la personne où qu'elle se trouve, mais une série de solutions circonstancielles et contradictoires au gré de la difficulté rencontrée* ».
Pour un prisme individuel fondé sur l'idée de liberté et de responsabilité, v. : A.-C. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2e éd., 2009, p. 14 et s. (et notamment le concept de « *responsabilité familiale des personnes* ») ; I. SCHWENZER, « Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtvergleichender Sicht », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, p. 705, spéc. p. 711 et s. ; S. FULLI-LEMAIRE, « L'ordre public international comme révélateur des conceptions nationales. À propos de quelques évolutions récentes en matière familiale », *Droits*, vol. 73, n°1, 2021, p. 105, spéc. p. 119, note de bas de page.

I- Le caractère intrinsèquement ambigu de l'identité en droit international privé

211. Les rapports personnels et familiaux font l'objet d'un traitement particulier en droit international privé ; s'ils répondent à des objectifs qui peuvent être sensiblement différents (matériels et conflictuels, objectif de permanence se heurtant à celui d'unité du statut familial…), ils participent de la conception de l'être (opposé à l'avoir), de la personne. Les normes personnelles et familiales sont en effet considérées comme ayant pour objet les relations intimes, privées, émotionnelles car elles concernent directement l'individu[855], ses « *intérêts personnels vitaux* »[856].

Or, la conception de la personne en droit peut varier en fonction de l'importance accordée aux dimensions individualiste et communautariste, de leur articulation. Si la double dimension de l'identité n'est pas niée (A), il reste que son traitement en droit international privé a pu faire l'objet de propositions radicalement différentes, qui ne sauraient entièrement convaincre (B).

A- L'identité, entre individualisme et déterminisme

212. Le *Vocabulaire juridique* définit l'identité comme « *ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre ; par extension, ce qui permet de la reconnaître et de la distinguer des autres ; l'individualité de chacun, par extension, l'ensemble des caractères qui permettent de l'identifier* »[857]. Comme le souligne F. Vasseur-Lambry, cette définition ne prend pas en compte le « *versant communautaire* » de l'identité : « *[c]ertes, l'identité des personnes physiques sert à individualiser les personnes, mais elle a aussi comme vocation de les situer, de les rattacher à une collectivité, à une histoire, à un territoire et à une généalogie* »[858].

Le droit international privé, dont l'objet est de rattacher des rapports de droit à des ordres juridiques, est *a priori* plus enclin à la prise en compte de la dimension collective de l'identité personnelle. En témoignent en matière familiale la prépondérance de facteurs objectifs de rattachement (nationalité ou domicile), l'idée de « statut » personnel et familial, ou encore l'indisponibilité de la matière[859].

Cependant, le droit positif connait également l'influence du versant individualiste de l'identité. Là encore, seuls certains traits saillants peuvent être rappelés : l'adoption de règles de conflit à coloration matérielle ; plus particulièrement, l'essor de l'autonomie de la volonté, certes encadrée (art. 5 du règlement Rome III, art. 22 du règlement Successions, art. 6 de la Convention de La Haye

855 P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12ème éd., 2019, n°529, p. 365.
856 W. MULLER-FREIENFELS, « The Emergence of droit de la famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England », *Journal of Family History*, 2003, p. 31, spéc. p. 36.
857 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 13ème éd., 2020, p. 513. Il s'agit du sens 1. Le sens 2 se rapporte à un objet : similitude (a) et unité (b).
858 F. VASSEUR-LAMBRY, « Compte rendu de l'ouvrage L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé, Jacqueline Pousson-Petit (dir.) », *LPA*, n°91, 6 mai 2004, p. 5. « *Dans le terme « identité », il y a donc deux signifiés : celui qui recouvre l'identité individuelle qui permet de nous distinguer de notre voisin (le versant individualiste) et celui qui permet de nous identifier à la communauté à laquelle nous appartenons et qui assure la cohésion du groupe (le versant communautaire)* » (spéc. p. 5).
859 Sur ces notions (statut, indisponibilité), v. M. HUNTER-HENIN, *op. cit.*, spéc. n°40, p. 47 (statut), spéc. n°193, p. 150 (indisponibilité).

de 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux)[860] ; et celui du fondamentalisme[861]. A citer un exemple précis, on observera que la faveur faite aux volontés privées par le législateur et la jurisprudence en ce qui concerne le mariage d'individus de même sexe est telle, qu'elle supplante le principe de continuité de la relation, qui risque fort de ne pas être reconnue dans de nombreux Etats[862]. L'article 202-1 al. 2 du Code civil prévoit en effet que « [d]eux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet » et la première chambre civile de la Cour de cassation affirme le 28 janvier 2015 que le droit de se marier reconnu aux personnes de même sexe est un principe d'ordre public international : la loi étrangère prohibitive (en l'espèce marocaine) doit être écartée, même si elle est désignée par une convention internationale[863].

L'alternative entre individualisme et déterminisme peut concrètement s'observer à l'occasion du traitement juridique de l'identité religieuse, qui connait un régime paradoxal : « *[l]'identité religieuse y est successivement réputée tantôt intangible, ou liée par une adhésion relevante, tantôt n'être qu'un "souhait personnel » ou visée comme un engagement sans pertinence* »[864] ; la norme religieuse est à la fois traitée sur le terrain contractuel (incorporation[865] ou arbitrage international[866]) et comme un droit fondamental, intervenant au stade de l'ordre public international[867] ou au fondement de la méthode de reconnaissance des situations (reconnaissance des mariages religieux par exemple). Le droit positif consacre deux visions contradictoires, principe d'autonomie et essence de la personne, « *souhait*

---

860 Sur la portée de l'encadrement de l'autonomie en matière personnelle et familiale par rapport à l'autonomie en matière contractuelle (qui *in fine* pour l'auteur n'est qu'une question de degré et non de méthode), v. C. NOURISSAT, « Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale », *in* H. Fulchiron *et alii (*dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales,* Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 61. La portée attribuée à l'autonomie en droit des personnes et de la famille est tributaire de la source de la règle de droit international privé. L'auteur le souligne : « *l'autonomie reconnue aux personnes (et pas uniquement aux citoyens de l'Union) d'organiser, d'anticiper divers aspects de leur vie privée (mariage, divorce, succession) apparaît comme la suite logique de la liberté de circuler sur le territoire de l'Union qui leur est reconnue, parfois – mais pas toujours – en tant que prolongement de la citoyenneté qui leur est conférée par l'ordre juridique européen, ce qui explique et justifie alors l'universalité qu'appréhendent les règlements européens* » (spéc. n°29, p. 69 ; nous soulignons).

861 Si certains auteurs voient dans le respect des droits fondamentaux celui corrélatif des intérêts collectifs (v. sur la pensée de W. Kymlicka, n°320), on retiendra à ce degré d'analyse qu'il s'agit en premier lieu de la traduction d'une idéologie individualiste. Sur la traduction du religieux sur le terrain des droits fondamentaux, qui n'est que l'une des traductions possibles admises par les tribunaux occidentaux, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Cross-border Family Cases and Religious Diversity : What Can Judges Do ? », *in* P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe, *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 143, spéc. p. 154 et s. Plus largement, v. H. MUIR WATT, « Identité et droit international privé dans la globalisation : introduction », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 5, spéc. n°32, p. 22.

862 S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2022, nº 139 et s., p. 102 et s. ; « L'ordre public international comme révélateur des conceptions nationales… », *op. cit.*, spéc. p. 110 et s.

863 Civ. 1, 28 janv. 2015, n°13-50.059, *D.* 2015, p. 464, note H. FULCHIRON, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, p. 1408, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, *AJ fam.* 2015, p. 71, obs. B. HAFTEL, p. 172, obs. A. BOICHE, *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. PUIG, p. 343, obs. L. USUNIER, p. 359, obs. J. HAUSER, *JCP* 2015, no 318, obs. L. GANNAGE.

864 L.-L. CHRISTIANS, *op. cit.*, spéc. p. 71.

865 V. sur le sujet, S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, *op. cit.*

866 M. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels : Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017.

867 V. la décision allemande précitée (n°158) : *Oberlandesgericht* Hamm, 29 avril 1992, 15 W 114/91.

personnel" et « *intangibilité fondamentaliste* », ne permettant « *pas encore de repenser et de tenir ensemble la complexité des registres de l'identité personnelle* »[868].

213. En effet, l'alternative entre les deux versants de l'identité personnelle n'apparait pas satisfaisante. L'identité a une double dimension, qui transparait dans les termes mêmes de l'alternative : l'identité personnelle est à la fois individuelle et collective[869] et il convient de dépasser l'opposition entre philosophie individualiste et déterministe, en pensant l'intersubjectivité de l'identité : l'identité personnelle est comprise comme « *moment d'assomption réflexive* »[870]. Une telle approche est en accord avec une vision dynamique et complexe de l'identité : celle-ci « *s'élabore dans l'interaction d'une identité pour soi, revendiquée pour soi-même, et d'une identité pour autrui, attribuée par les autres* »[871].

Effectuer un choix entre les deux termes de l'alternative ne peut être une solution satisfaisante, le choix absolu de l'autonomie ou du déterminisme ayant des conséquences insoutenables au regard des fondements-mêmes du droit.

A considérer l'autonomie, si la liberté est comprise comme la possibilité de faire des choix, et se comprend comme la possibilité de choisir la norme par laquelle l'individu se définit lui-même (soit définit son identité), comment lui refuser de se déterminer au regard de tout élément, toute interprétation, même si cette détermination n'est partagée par aucun autre individu ? Considérer juridiquement que l'individu se rattache à une communauté et à une loi particulière, qui est le principe-même du droit international privé, n'est-ce pas foncièrement « enfermer » l'individu dans celle-ci et porter atteinte à sa liberté individuelle ?[872] Retenir une version entièrement spontanéiste de l'identité est en outre fondamentalement incompatible avec les exigences de sécurité et d'anticipabilité juridique[873].

---

[868] *Ibid.*

[869] V. la pratique des doubles-mariages (l'expression est empruntée à M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Paris, Ed. Karthala, 1994, p. 37, p. 51 et s.) : selon R. SALIH, les femmes marocaines mariées et domiciliées en Italie ont tendance à célébrer une deuxième fois leur mariage au Maroc, selon les rites coutumiers, leur permettant d'être « entièrement » mariées, en se conformant aux normes de plusieurs groupes d'appartenance (« Toward an Understanding of Transnationalism and Gender », *in* K. Knop (éd.), *Gender And Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 231, spéc. p. 237, p. 245 et s.).

[870] L.-L. CHRISTIANS, *op. cit.*, spéc. p. 73.

[871] A. BERNARD, « Fleurs de papier, fleurs de tombeaux », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 13, spéc. p. 15.

[872] Sur cet argument, v. précisément L.-L. CHRISTIANS : « *Or, si la liberté s'inscrit dans la possibilité de faire des choix, et par la suite, après réflexion, d'être déterminé à une règle qui découle du choix opéré, comment refuser de voir pris en compte le pouvoir de se déterminer par son interprétation des choses, même si cette interprétation n'est que peu partagée par autrui ? […] N'en vient-on pas à enfermer dans un groupe imaginaire, et contre le droit à la liberté individuelle, tous ceux dont on a certifié qu'ils ont fait le même choix, car ils invoquent la même symbolique à laquelle se trouve prêtée de l'extérieur, une connotation aliénante ?* » (*op. cit.*, p. 72).

[873] « *[L]a personnalité juridique est comme un masque appliqué sur un visage, mais qui ne le moulerait pas exactement. La personnalité juridique individuelle nous apparaît continue et identique à elle-même, elle naît avec l'homme, elle est du premier coup constituée ; elle demeure toujours la même pendant l'existence ; elle soutient sans défaillance, pendant des années, des situations juridiques immuables ; elle veille pendant que l'homme sommeille ; elle reste saine pendant qu'il déraisonne ; parfois elle se perpétue après la mort, puisqu'il y a des successeurs qui sont continuateurs de la personne. Or, dans la réalité des choses, les représentations et les volitions des hommes sont intermittentes, changeantes, contradictoires (…) Sur cette physionomie agitée, tumultueuse, bouleversée par tous les caprices et toutes les passions, qu'est la face volontaire de l'homme, le droit a appliqué un masque immobile* » (M. HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899, p. 148 et s. Cité par D. GUTMANN, *op. cit.,* n°12, p. 12 et s.).

A considérer le déterminisme[874], on relèvera avec S. Benisty, que « *le postulat de liberté individuelle, mythique à l'occasion, est la condition sine qua non de la construction, par l'individu, d'une image de soi et d'autrui, frappée du sceau de la dignité* »[875]. Sans postulat de liberté, il apparait impossible de penser une notion aussi fondamentale que celle de responsabilité juridique : l'individu est réputé maître de ses actes et non entièrement déterminé par la communauté à laquelle il appartient.

La seule question pertinente est donc celle de l'articulation entre les deux volets de l'identité.

B- Les propositions d'articulation des deux volets de l'identité en droit international privé

214. Les auteurs ayant réfléchi à une certaine articulation entre les volets individualiste et communautariste de l'identité ont proposé différentes solutions, se manifestant logiquement au regard des deux variables, interdépendantes, de la règle de conflit de lois bilatérale : repenser les contours de la catégorie (1) et réfléchir à la nature de l'élément de rattachement (2).

Une articulation des deux dimensions de l'identité personnelle pourrait également être pensée au sein de la méthode unilatérale : il s'agirait par exemple d'ériger la volonté en critère de résolution du conflit positif de lois. Une telle proposition pourrait s'appuyer sur l'idée, exprimée par P. S. Berman, que l'individu ayant de multiples identités, tous les rattachements sont « *également plausibles* »[876]. A notre connaissance cependant, une telle proposition n'a jamais été formulée.

1) La réduction de la matière personnelle et familiale à l'indisponible

215. Dans sa thèse, M. Hunter-Henin propose une redéfinition des contours du statut personnel à partir du critère de l'indisponibilité des « *éléments fondateurs de la personne* »[877], et ce afin de répondre pleinement à l'objectif de permanence et de cohérence des rapports personnels et familiaux (puisque le statut personnel ainsi redéfini est entièrement soumis à la loi de la résidence habituelle considérée comme révélatrice du milieu d'intégration). L'auteure retient l'existence de « *différents cercles d'appartenance qui définissent la personne ; le soi (la personne corps par opposition à la personne âme - indisponible à elle-même), les origines (la personne de, instituée par un lien de filiation indisponible) et la personne intégrée dans un environnement propre, construite par un milieu familial qui à certains degrés est également indisponible (selon le mode de vie en couple -PACS, mariage- ou l'objet de la transmission transgénérationnelle -nom indisponible, héritage disponible, le degré d'indisponibilité juridique s'avère variable)* »[878]. L'ensemble des

---

[874] Dont l'un des représentants les plus emblématiques est sûrement H. MARCUSE (*L'homme unidimensionnel*, trad. M. Wittig, Paris, Editions de minuit, 1968). Pour le philosophe et sociologue allemand, il y a identification de l'individu avec la société. V. plus récemment : « *What we call our "selves" and our "world" are effects or products of the particular, historical communities in which we find ourselves always already immersed »… « identity itself, previously regarded as the innermost essence of any particular person or thing, is seen as itself nothing more or less than a [social] construct* » (L. DU TOIT, « A Narrative-communicative approach to identity and ethnicity », telle que citée par C. Villa-Vicencio, « Identity, difference and belonging : religious and cultural rights », *in* J. Jr. Witte, J. D. Van der Vyverr (éd.), *Religious human rights in global perspective - religious perspectives*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 517, spéc. p. 521).

[875] S. BENISTY, *La norme sociale…, op. cit.*, n°27, p. 44. L'auteur se fonde notamment sur l'œuvre de M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, coll. Agora, Presses-Pocket, 1985.

[876] L'expression est d'H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°323, p. 326, note 983 : « *Cette conception s'appuie sur une étude historique des expressions du pluralisme juridique qui croise à de nombreuses reprises le droit international privé. Parmi les exemples évoqués, on trouve ainsi une histoire du statut personnel (p. 1205), dont la pratique consistant (avant l'empire) à reconnaître la loi de l'infidèle ou encore la régulation au XVIII^e siècle de la Compagnie des Indes, obligeant à respecter la loi des ethnies locales* ». V. *infra* sur la pensée de l'auteur (n°372).

[877] M. HUNTER-HENIN, *op. cit.*, n°193, p. 150.

[878] *Ibid.*, n°194, p. 150. Pour les développements sur chacun de ces cercles d'appartenance : n°195 et s., p. 151 et s.

éléments indisponibles (union matrimoniale, lien de filiation, rapport au corps ou transmission du nom à l'enfant) sont alors considérés comme relevant du statut personnel.

Retenir une conception étroite du statut personnel est justifié selon l'auteure par la recherche de la protection de la personne[879], qui ne peut être conçue autrement que de façon abstraite, comme la recherche de la permanence de son statut. Une telle vision « externalise » la question de l'identité « choisie » hors du statut personnel et familial. Ainsi, alors que l'union matrimoniale relève du statut personnel et familial, le partenariat enregistré ou le concubinage y sont exclus.

216. Une telle conception de la matière est majoritairement retenue en doctrine : l'objectif de permanence permet de définir les contours de la catégorie de la matière personnelle et familiale[880], excluant notamment les relations patrimoniales au sein de la famille (successions, régimes matrimoniaux). Deux critiques peuvent cependant être adressées à la proposition de l'auteure.

Certes, la réduction du statut personnel à l'indisponible permet de garantir la simplicité[881] et la cohérence des solutions, soumettant les situations litigieuses à la loi de la résidence habituelle. Toutefois, l'adoption d'une telle solution participe de la césure entre les deux visions de l'identité, alors que ni l'une ni l'autre ne se suffisent à elles-mêmes[882]. Est-ce à dire alors que pour l'ensemble des éléments considérés hors du statut personnel, aucun objectif de permanence n'est à poursuivre, aucune protection de la personne n'est à considérer (régime matrimonial, succession, partenariat enregistré, etc.) ? A prendre l'exemple de la succession, où l'idée de permanence dans le temps de la personne (au-delà de la mort) est essentielle, on pourrait voir dans la recherche d'un règlement unitaire de celle-ci (soumission à une seule et même loi de l'ensemble des biens de la succession ; art. 21 du règlement Successions), ou encore dans les anciens rattachements à la nationalité du défunt, la volonté d'assurer une certaine permanence de l'identité du *de cujus*.

L'auteure rejette l'interférence de considérations relatives aux intérêts collectifs des communautés d'appartenance (Etats inclus) et au besoin de définition d'une identité collective. Or, nous le verrons, une telle mise à l'écart ne nous semble que partiellement justifiée[883]. A revenir sur l'exemple des différents modèles de vie de couple, il n'y a *a priori* aucune raison d'exclure les alternatives à l'union matrimoniale. Les différents modèles d'union prévus par un ordre juridique ou normatif participent en effet d'une même idée d'organisation sociale, au cœur de son identité collective (v. l'interdépendance conceptuelle et symbolique entre les partenariats enregistrés et l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe). Enfin, une telle réduction de la catégorie peut rendre

---

879 « *[L]'objectif de cette impérativité ne réside pas dans le souci politique de sauvegarder l'autorité des coutumes sous-jacentes mais dans la primauté de la personne dont il s'agit d'assurer la protection* » (*ibid.*, n°42, p. 48).

880 B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, p. 219, spéc. p. 279 et s. ; J. DÉPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques », *RCADI*, vol. 211, 1988, p. 9, spéc. n°67, p. 145 (ci-après : « Droit international privé et conflit de civilisations »).

881 Reste tout de même à faire le départ entre droits disponibles et indisponibles. Avec l'auteure, on ne saurait se baser uniquement sur une analyse de droit interne. Ainsi, le choix du nom de l'enfant, qui peut être considéré comme disponible en droit interne, pourrait être considéré comme intégrant le domaine personnel et familial pour les besoins du droit international privé (M. HUNTER-HENIN, *op. cit.*, n°45, p. 50 not.).

882 V. *supra* n°212.

883 V. *infra* sur l'absence de protection d'une identité collective étrangère (n°263 et s.). Toutefois, l'identité collective est nécessairement comprise par le biais de l'identité individuelle (l'individu se construit au regard de plusieurs groupes d'appartenance).

difficile la coordination avec l'ordre étranger retenant une conception large de celle-ci. En effet, les domaines exclus du statut personnel et familial peuvent à l'étranger être inclus dans celui-ci. Tel est le cas des ordres juridiques du Proche et du Moyen-Orient, qui retiennent traditionnellement une vision extensive de la matière, incluant par exemple les questions successorales[884].

2) La conciliation au stade du choix de l'élément de rattachement

217. Les propositions d'articulation entre déterminisme et libre-arbitre sur le terrain de l'élément de rattachement préconisent l'intégration de la volonté dans le choix de celui-ci, que la volonté soit implicite et présumée au sein de l'élément de rattachement lui-même (a) ou explicite par l'adoption d'une option de législation comme critère de rattachement (b).

a) La volonté implicite au sein de l'élément de rattachement objectif (Savigny)

218. La pensée de Savigny reflète la difficulté à concevoir la conciliation entre volonté et déterminisme. Si l'auteur opte *a priori* pour une conception déterministe du droit de la famille (i), le choix du domicile comme élément de rattachement vient nuancer l'approche de l'auteur, venant réintégrer l'élément volontaire au sein de l'élément de rattachement (ii).

i) Une conception déterministe des rapports familiaux

219. A la lecture du *Traité de droit romain*, on pourrait penser qu'il n'y a, pour Savigny, aucune place pour la volonté dans le domaine familial. En effet, un des critères venant justifier l'opposition structurelle et structurante dans la pensée de l'auteur entre famille et obligations (ou biens, l'auteur assimilant « droit des obligations » et « droit de la propriété »[885])[886] est l'absence d'intervention de la volonté individuelle dans les rapports de famille.

L'opposition entre droit de la famille et « droit des obligations » est essentielle et se déploie à plusieurs niveaux dans l'œuvre de l'auteur. Le droit de la famille appartient au domaine du statut (et non de la volonté individuelle[887]), en ce sens que l'individu ne saurait, par sa volonté, librement composer ou modifier ses rapports personnels et familiaux (vision déterministe). Le droit de la famille est en outre à la fois universel, en ce sens qu'il est fondamental à toute société[888] (ou encore « naturel » ; et non particulier, chaque obligation étant quant à elle nécessairement particulière par son objet[889]), tout en étant également particulier ou local (ou encore : « moral » ou « culturel ») en

---

884 J. DEPREZ, *op. cit*, spéc. n°20 et s., p. 61 et s.

885 F. K. von SAVIGNY, trad. Ch. Guenoux, Tome I, §53, p. 329 et s. : « *Non seulement l'obligation et la propriété ont une nature identique en ce que toutes deux étendent l'empire de notre volonté sur une portion du monde extérieur ; elles ont encore plusieurs assimilations spéciales. D'abord, l'effet de l'obligation peut se résoudre en une somme d'argent, c'est-à-dire nous transférer la propriété de cette somme ; ensuite, la plupart des obligations, et les plus importantes, ont pour but de mener à l'acquisition définitive ou à une jouissance temporaire de la propriété. Ainsi, l'une et l'autre espèce de droits, la propriété et l'obligation vis-à-vis de la partie qui stipule, étendent le pouvoir de l'homme sur le monde extérieur au-delà des limites naturelles de son être. L'ensemble des rapports qui étendent ainsi le pouvoir d'un individu s'appelle ses biens, et l'ensemble des institutions qui règlent cette espèce de rapports s'appelle droit des biens* ».

886 J. HALLEY, K. RITTICH, « Critical Directions in Comparative Family Law : Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism », *American Journal of Comparative law*, vol. 58, 2010, p. 753 ; D. KENNEDY, « Savigny's Family /Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », *American Journal of Comparative law*, vol. 58, 2010, p. 811.

887 F. K. von SAVIGNY, *op. cit*. p. 339 (nous soulignons) : « *Dès lors sa nature propre est la position que ses divers rapports donnent à l'individu, qui ne se présente plus simplement comme homme, mais comme époux, comme père, comme fils, et ainsi avec un mode d'existence rigoureusement déterminé, indépendant de la volonté individuelle, et lié au grand ensemble de la nature* ». Les considérations morales, propres à un peuple particulier, viennent déjouer le jeu de la volonté individuelle.

888 V. par exemple l'institution du mariage, qui relève d'une « *nécessité universelle* », que celle-ci soit monogamique ou polygamique (*ibid*., §54, p. 340).

889 F. K. von SAVIGNY, *op. cit*., §53, p. 337.

ce sens qu'il exprime le *Volksgeist* d'un peuple donné (et non universel en ce sens qu'il devrait être, dans son contenu, le même partout)[890]. Les rapports de famille sont considérés, et nous reviendrons sur cet aspect, comme intrinsèquement liés à un donné culturel[891]. Par ailleurs, au contraire des obligations, les relations familiales s'inscrivent dans une conception longue du temps : « *[l]'obligation est ordinairement temporaire, les rapports de famille persistent toujours les mêmes ; aussi les divers rapports de famille, saisis dans leur ensemble complet, forment une communauté sous le nom même du principe qui les réunit, la famille* »[892].

220. Cette opposition se fonde sur une double distinction, relative à la conception de l'individu et de la nature du droit :

- Sur celle entre l'« *être isolé* » (droit des obligations) et l'« *être défectueux ayant besoin de se compléter au sein de son organisme général* »[893] (par l'union des sexes, par la reproduction)[894].

- Sur celle entre le « *nécessaire* » (droit de la famille) et l'« *arbitraire* » (droit des obligations). Le « nécessaire » est intrinsèquement lié au « naturel » pour l'auteur[895].

La conception retenue de l'individu, entre déterminisme et libre arbitre, dicte la distinction. Savigny fait varier cette conception en fonction de la matière. Au droit des biens (ou des obligations) répond un individu entièrement libre, au droit de la famille répond un individu intégré dans un peuple particulier et voyant ses rapports régis par de nombreuses normes, juridiques ou non. Il s'agit d'une réflexion abstraite sur l'individu, relevant du postulat ; on peut douter que par nature, le droit de la famille ait un caractère « particulariste » au regard des autres domaines du droit[896]. On pourrait en effet soutenir que l'individu est, peu importe la matière, toujours intégré dans un groupe social particulier.

La distinction est reprise par l'auteur sur le terrain du droit international privé[897]. Le particularisme du droit de la famille a une incidence sur deux éléments : sur la nature du rattachement, notamment pour la question du mariage où il diffère de celui retenu en matière contractuelle, ainsi que sur l'importance des possibilités d'éviction de la loi étrangère (ce qui correspond aujourd'hui à l'ordre public international ou aux lois de police). Ainsi, le mariage s'opposant au contrat, l'application de la loi du lieu de conclusion du contrat ou du lieu de son exécution ne peut être pertinente. L'auteur s'exprime en faveur de la loi du domicile du mari, « *qui est, d'après le droit de tous les peuples et de tous les temps, le chef de la famille* [*Ce n'est pas là une loi romaine, ni même une prescription positive, mais la reconnaissance d'un rapport fondé sur la nature du mariage*] »[898]. Le rattachement retenu doit être stable dans le temps et les rapports familiaux sont considérés comme foncièrement indisponibles.

---

890 D. KENNEDY, *op. et loc. cit*. V. *infra* n°276 et s. sur la dimension culturelle des rapports personnels et familiaux.
891 V. *infra* n°279 et s.
892 F. K. von SAVIGNY, *op. cit*., §53, p. 333.
893 Ou « *membre du tout organique qui compose l'humanité* » (*ibid*., p. 330).
894 F. K. von SAVIGNY, *op. cit*., §53, p. 330 et s.
895 *Ibid*., §53, p. 333. D. KENNEDY, *op. cit*., spéc. p. 815.
896 Pour une critique : J. HALLEY, K. RITTICH, *op. cit*. Les auteurs proposent le concept d' « *economic family* » afin de souligner la continuité entre relations économiques et familiales.
897 F. K. von SAVIGNY, *op. cit*., Tome 8, §379, p. 320.
898 *Ibid*., p. 320 et s.

ii) Le domicile comme élément de rattachement volontaire

221. On remarquera cependant que la vision de Savigny n'est pas, pour le domaine particulier du droit international privé, si tranchée. En effet, le principe général de rattachement du domicile est compris comme intégrant une dimension volontaire. On découvre alors, dans la pensée de l'auteur, une tension entre volontarisme et déterminisme qui s'exprime sur le plan particulier de la justification du principe général de rattachement.

En effet, selon Savigny, les chefs de rattachement reflètent une « *soumission volontaire* » de l'individu[899]. Le choix de l'élément de rattachement du domicile pour le statut personnel est ainsi justifié[900] : l'individu (ou le « chef de famille ») « choisissant » de s'installer dans un Etat particulier, « choisit » également de se soumettre aux lois de cet Etat. Une telle approche permet de fonder l'existence d'attentes légitimes des parties à l'application d'une loi déterminée. Ces attentes ne sont ainsi pas déterminées selon des données objectives (pouvoir de fait de l'Etat ou la communauté d'origine ou du domicile) mais par une donnée d'ordre psychologique, en accord avec l'idée, le postulat de départ, que l'individu est foncièrement libre[901], et que le droit vient fixer les limites de cette liberté et la garantir.

222. La difficulté de toute approche basée sur la psychologie de l'individu est celle d'effectuer une généralisation relative à celle-ci. Particulièrement en matière familiale, retenir que l'individu est foncièrement libre et choisit volontairement son domicile est un postulat difficile à soutenir : il serait tout aussi possible d'argumenter que celui-ci est enserré dans des liens familiaux qui le lient à un lieu donné. Il existe ainsi une incohérence fondamentale entre l'idée de statut « naturel » et le postulat fondamental du libre-arbitre, qu'il est difficile de dépasser.

b) Encadrer la volonté au stade conflictuel : l'option de législation

223. Une autre solution, prônée par D. Gutmann, est celle d'intégrer la volonté en substituant à un rattachement objectif une option de législation. Une telle solution serait à même de favoriser la pluralité des vocations de la règle de conflit de lois (intégrative[902] ou recognitive)[903]. Comme le souligne l'auteur dans sa thèse,

« *la technique de l'option se conçoit comme prolongement logique d'un rattachement fondé sur l'idée de proximité. Il est connu, en effet, que le droit international privé a toujours plus tendance à localiser les situations de droit en recherchant, non plus la nature intrinsèque du rapport de droit considéré, mais l'étroitesse des liens qu'il entretient avec tel ou tel ordre juridique. Une telle démarche pourrait utilement être adaptée en matière de statut personnel, par*

---

899 F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, Tome 8, §360, p. 110.

900 « *L'intention domiciliaire est donc un éclairage projeté sur la présence matérielle de l'individu dans un ressort déterminé par les circonstances de son installation, un mécanisme modérateur, qui invite à la pondération des diverses attaches que l'individu a pu constituer avec des ressorts différents. Cette dimension qualitative du domicile, qui permet d'évaluer le degré d'intégration de l'individu dans un ressort déterminé, en fait l'expression la plus fidèle du principe de proximité dans le domaine du conflit de lois […]* » (H. MUIR WATT, v°Domicile, *in* D. Alland, S. Rials (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2019).

901 F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, Tome I, §52, p. 322.

902 On aurait pu préférer, en raison de la complexité du processus d'intégration, l'emploi du terme « assimilation » au lieu de celui d'« intégration » pour qualifier cet objectif de la règle de conflit de lois. En effet, reconnaitre l'altérité peut mener à une intégration de celle-ci. V. par exemple sur le sujet : S. HINGER, R. SCHWEITZER, *Politics of (Dis)Integration*, Cham, Springer, IMISCOE Research Series, 2020.

903 D. GUTMANN, *op. cit.*, n°476 et s., p. 392 et s. La problématique reste d'une actualité particulièrement brûlante au regard de la situation des migrants en transit (S. CORNELOUP, « Migrants in Transit or Under Temporary Protection : How Can Private International Law Deal with Provisional (But Not Necessarily Short-Term) Presence ? », intervention au séminaire « Current Research in Private International Law » du 4 octobre 2022 à l'institut Max Planck de Hambourg).

exemple en laissant aux individus le soin de déterminer par eux-mêmes le système juridique dont ils se sentent le plus proche. C'est ainsi que serait mise au jour la nature spécifique de la proximité propre au statut personnel : une proximité non plus géographique, mais symbolique ; une proximité fondée non plus sur le lien avec le territoire, mais sur le lien avec une civilisation. S'il est vrai que le statut personnel est le domaine par excellence où les valeurs et des symboles se rencontrent, alors la règle de conflit doit être capable d'intégrer en son sein cette dimension essentielle. En permettant au sujet de droit de choisir entre loi nationale et loi du domicile, on lui donnera l'occasion de voir reconnue ce qu'il considère comme sa véritable appartenance sociale, et non celle que le droit lui prête de façon plus ou moins imaginaire »[904].

224. La technique de l'option de législation connait un certain succès en droit positif, comme le montre l'article 5 du règlement Rome III. Mais il est au demeurant peu probable que l'élaboration de la règle de conflit de lois ait été principalement inspirée par la proximité : comment justifier à cet égard la possibilité au sein de l'article 5 (choix de la loi applicable par les parties) d'opter pour la loi du for (art. 5 1. d)) ? Quoi qu'il en soit, la proposition de D. Gutmann appelle plusieurs remarques.

En premier lieu, l'option de législation garantit une forme d'« *exit right* » de l'individu[905]. L'immigré ayant précisément souhaité « échapper » aux normes de son appartenance d'origine (soit à la loi de sa nationalité) pourrait opter pour la loi de son domicile. A emprunter les termes de D. Gutmann, il s'agirait de contrecarrer l'« *humiliation symbolique de maintenir l'immigré comme différent et marginal* »[906]. A revenir sur la question de la légitimité de la norme étrangère non étatique, l'option de législation viendrait réintégrer, par le biais de la volonté, des exigences libérales minimales. Pour des raisons déjà énoncées, une telle option est critiquable[907].

En deuxième lieu, l'auteur pense l'option de législation au service de l'objectif de proximité, au motif que les individus opteraient alors pour « *le système juridique dont ils se sentent le plus proche* »[908]. On peut toutefois fortement douter de l'intervention de la volonté pour satisfaire cet objectif, même lorsque le choix n'est réduit qu'à une option entre deux rattachements. On ne peut en effet garantir que l'option de législation ne sera pas davantage guidée par la poursuite de fins matérielles avantageuses pour la ou les parties. Un tel argument peut s'appuyer sur les travaux sociologiques menés par M.-C. Foblets. Comme le montre l'auteure, « *[à] l'échelle de l'individu, la bi- ou multi-patridie en quelque sorte constitue une stratégie d'appartenance qui, selon les cas, est habilement mise en scène par le sujet* »[909]. La volonté individuelle est ainsi davantage au service de la poursuite d'intérêts matériels que de la proximité. On relèvera plus largement avec D. Bureau que l'intervention de la volonté poursuit nécessairement un caractère matériel : « *en réalité les parties ne chercheront pas la loi la plus proche – au sens du droit international privé – mais la loi qui leur convient le mieux : c'est toujours un objectif matériel que sert une*

---

[904] D. GUTMANN, *op. cit.*, n°489, p. 395 et s. En l'absence de manifestation de volonté, l'écoulement du temps « *permet[trait] le mieux de présumer l'intégration de l'étranger, et de justifier l'application de la loi de la résidence habituelle* » (n°480, p. 396 et s.).
[905] V. *supra* n°100 et s. sur la notion et *infra* n°231 pour une critique.
[906] D. GUTMANN, *op. cit.*, n°474, p. 371.
[907] V. *supra* n°102 et s.
[908] D. GUTMANN, *op. cit.*, n°489, p. 395 et s.
[909] M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, *op. cit.*, p. 49.

règle de conflit fondée sur la volonté des parties. … En dépit de la fonction purement conflictualiste parfois assignée à la volonté individuelle, celle-ci servira toujours *des intérêts matériels* »[910].

Enfin, on remarquera que l'intervention de la volonté par le biais de l'option de législation ne souffre pas de la critique, adressée à la construction de Savigny, de l'écueil d'une conception psychologique *a priori* et d'ordre général de la volonté. En réalité, la volonté se pense nécessairement en des termes concrets, et la règle de conflit de lois ne permet pas de la prendre en compte de manière satisfaisante.

II- Le rejet d'une prise en compte du volet volontaire de l'identité au stade conflictuel

225. La prise en compte de la dimension volontaire de l'identité personnelle comme principe de solution en droit international privé des rapports personnels et familiaux ne peut qu'être rejetée[911] : d'une part, elle ne répond pas à la vision complexe de l'identité personnelle intégrant une dimension collective (A) ; d'autre part, même lorsqu'elle est interprétée de manière à embrasser une appréciation *in concreto* d'éléments subjectifs et objectifs, un tel examen ne saurait avoir lieu au stade conflictuel (B).

A- Le rejet d'une libre négociabilité des critères d'identité

226. On rappellera une idée déjà évoquée brièvement : l'identité personnelle ne peut être ramenée à un seul de ses volets (au volontarisme ou au communautarisme) et il est nécessaire de penser l'articulation entre ces deux dimensions. Or, faire le choix de l'autonomie comme règle de conflit de lois revient à écarter toute possibilité de prise en compte satisfaisante de la dimension collective de l'identité personnelle (1). Tel n'est pas nécessairement le cas lorsqu'il est fait le choix, au stade conflictuel, d'une approche communautariste. En d'autres termes, il convient assez classiquement de refuser l'intervention de l'autonomie dans la matière personnelle et familiale comme principe de rattachement, y compris sous la forme d'un « *droit d'exit* » (2).

1) La nécessaire dimension collective de l'identité personnelle

227. L'identité personnelle a été définie comme un « *moment d'assomption réflexive* »[912], comme une construction volontaire continuellement effectuée en interaction avec et au sein de groupes d'appartenance, proposant des exemples et narratifs de modes de vie au regard desquels il est possible pour l'individu de se situer. Comprise de manière complexe, l'identité personnelle intègre nécessairement une dimension volontaire ainsi qu'une dimension déterministe. Aucune alternative ne saurait à elle-seule être juridiquement satisfaisante[913], et ce malgré le fait que le droit positif consacre tantôt l'une, tantôt l'autre des deux branches de l'alternative mentionnées.

---

910 D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *in L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 285, spéc. n°28, p. 303 (l'italique de l'auteur est ici représenté par l'absence d'italique) ; rappr. V. HEUZE, « La volonté en droit international privé », *Droits*, 1998, tome 28, *La volonté*, p. 113, spéc. p. 121 et s.

911 Pour une critique générale du dogme de l'autonomie de la volonté : V. HEUZE, *La réglementation française, op. cit*. Les développements qui suivent se rapportent plus particulièrement à la question identitaire.

912 V. *supra* n°213, l'expression est de L.-L. CHRISTIANS, *op. cit*., spéc. p. 73.

913 V. *supra* n°212 et s.

228. Retenir le principe d'autonomie, même encadré, ne peut, au regard de la conception complexe de l'identité, être une solution satisfaisante.

Nous l'avons déjà vu ; puisque le choix de la loi applicable est entre les mains des parties, il s'agit bien davantage d'une règle de conflit matérielle que de la réalisation de l'objectif de « proximité » (tel que compris par D. Gutmann), faisant fi de tout respect de la dimension collective de l'identité personnelle. Or, il est en matière personnelle et familiale plus difficile qu'ailleurs de retenir le postulat d'une égalité des parties venant éventuellement justifier le recours à l'autonomie et donc le caractère libre de la volonté[914]. En outre, la probabilité de conclusion d'un accord relatif à la loi applicable est assez faible : la matière est bien souvent perçue par les parties comme fondamentalement indisponible, ces normes étant souvent profondément ancrées par des processus de socialisation[915]. Enfin, l'autonomie de la volonté risque de porter atteinte aux intérêts des tiers, et ce alors même que les relations familiales sont marquées par l'importance de la solidarité familiale.

On retiendra cependant qu'une version encadrée de l'autonomie permet tout de même d'augmenter la probabilité de l'application d'une loi ayant un lien pertinent avec les parties au litige, soit de réintégrer une dimension collective de l'identité personnelle. Il reste que, là aussi, la possibilité même du choix ne permet pas de garantir le respect de la dimension collective de l'identité personnelle.

229. L'articulation entre les volets personnel et collectif de l'identité est-elle mieux réalisée lorsqu'on retient une approche plus classique de la méthode conflictuelle, comprenant des règles de conflit de lois à rattachements objectifs ?

La prééminence de la dimension collective est parfois justifiée au motif que c'est le cadre collectif qui détermine la capacité à choisir des individus, qui forme le contexte du choix. En d'autres termes, avant de considérer l'identité personnelle comme modalité d'expression de l'individu, il faudrait la considérer comme le fondement-même de la personne[916]. Cette vision peut s'appuyer sur certaines théories sociologiques ou anthropologiques, qui conçoivent le droit comme constitutif de sens, comme une « cosmologie », un système de représentation du monde[917]. Le droit vient ainsi en amont encadrer la possibilité-même d'une identité volontaire. Poussée à l'extrême, on pourrait déduire de cette idée la possible existence d'une communauté ne laissant aucune place à la volonté, réduisant à néant une quelconque dimension volontaire de l'identité.

Une telle approche, qu'on pourrait qualifier de chronologique (en ce sens que la société préexiste à l'individu), résout la question de l'articulation entre volet volontaire et volet déterminé de l'identité personnelle par la soumission du premier au second. Cependant, le postulat de la prééminence de

---

914 H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 255.

915 V. *infra* sur la dimension culturelle des normes personnelles et familiales (n°277 et s.). Pour cette raison, on ne pourra s'étonner que l'intégration au contrat de normes religieuses ne soit pas une technique notoirement connue (S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé, op. cit.*).

916 Rappr. M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, thèse, Paris I, 2001, n°193, p. 149 et s.

917 C. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Sociology*, New York, Basic Books, 3ème éd., 2000, p. 167 et s. ; S. ROBERTS, « After Government? On Representing Law without the State », *Modern Law Review*, n°68, 2005, p. 1, spéc. p. 6 et s.

la société sur l'individu ne convainc pas. On pourrait en effet tout à fait soutenir, avec des travaux psychologiques récents et à observer le processus de socialisation juridique d'un enfant, que l'individu « *utilise certes ce qui lui est transmis pour se faire accepter dans son propre groupe – d'ailleurs non sans s'efforcer de faire accepter ses propres demandes – mais c'est lui qui, en confrontant les messages transmis avec sa propre expérience, construit son propre système de représentations de soi-même, d'autrui et du monde, ainsi que son propre système de normes, de valeurs et de pratiques…* »[918].

230. En réalité, l'argument décisif en faveur de la primauté, au stade conflictuel, du volet communautaire de l'identité est le suivant : au contraire de l'admission première de l'autonomie de la volonté, la primauté du volet communautaire permet de penser une certaine articulation des deux volets de l'identité en droit international privé[919].

Elle permet en effet de conférer une place au volet identitaire de l'identité au stade matériel, à deux égards. La volonté peut d'une part se penser lors de l'application de la norme étrangère[920] et dans la mesure où celle-ci lui accorde une place (ce qui constitue toutefois une limite non négligeable, notamment en matière familiale).

D'autre part, la volonté peut être incidemment protégée par la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international. Tel est le cas lorsque les valeurs défendues par l'ordre public international visent à garantir l'exercice de la liberté individuelle, par exemple la faculté de divorcer (alors que la loi étrangère applicable ne le permettrait pas)[921]. Il s'agit alors de réintégrer, sur le plan matériel et par l'application de la *lex fori*, c'est-à-dire dans la mesure dictée par le for, des espaces de liberté.

---

[918] C. KOURILSKY-AUGEVEN, « Socialisation, socialisation juridique et conscience du droit », *in* E. Rude-Antoine, G. Chrétien-Vernicois (sous la coordination de), *Anthropologies et droits*, Paris, Dalloz, 2009, p. 245, spéc. p. 249 et s. (nous soulignons). Les attentes normatives de l'enfant ne sont donc ni le résultat d'un déterminisme par le groupe (auquel cas elles pourraient être plus aisément saisies par le juge français), ni le fruit d'une entière liberté du sujet (mettant en cause le principe d'autonomie de la volonté). Selon l'auteure, lorsque l'on regarde comment le « droit » est « perçu » par l'enfant, comment il l'intègre, on pourrait penser que celui-ci est passif et « reçoit » le droit. Or, Piaget a démontré que l'enfant est loin d'être malléable ; il s'approprie les objets en intériorisant progressivement les actions et les valeurs, il structure les objets, l'espace, le temps et la causalité, tout en constituant une logique (*Epistémologie des sciences de l'homme*, Paris, Gallimard, 1972, p. 201). Contre la pensée d'éminents auteurs dont Durkheim, la socialisation juridique ne peut être schématisée comme un mouvement unilatéral d'intégration des normes sociales (pour Durkheim, cette socialisation s'opère par l'éducation). C. Kourilsky-Augeven développe ainsi une « *conception interactionnelle de la socialisation* » soulignant le rôle actif de l'enfant dans sa propre socialisation.
Il s'agit là d'un point de vue se distinguant, comme le souligne l'auteure, de celui des études américaines sur la socialisation juridique (notamment : J. L. Tapp, L. Kohlberg). Contrairement aux études américaines, ce point de vue retient une définition très large du droit ne se concentrant pas uniquement sur des lois impératives (sur l'explicitement juridique selon l'auteur ; aussi sur l'implicitement juridique, soit les domaines souvent assimilés par les sujets aux savoir-faire ou aux domaines de la vie quotidienne).

[919] On aurait pu également argumenter que le potentiel du droit international privé réside particulièrement dans la possible désignation, dans un premier temps, d'une communauté non libérale, v. sur cet argument *infra* n°310.

[920] V. les propos de D. BUREAU, soulignant la distinction entre volonté en droit international privé et en droit interne : « *le constat de certaines mutations du droit de la famille n'implique pas nécessairement une affirmation générale de la liberté individuelle en ce domaine et l'augmentation de la liberté individuelle en droit interne n'implique pas nécessairement une autonomie de la volonté en droit international privé car la distance est en réalité assez grande entre ces deux manifestations de volonté. En effet, s'il dépend effectivement de la volonté des époux de divorcer et même si la procédure du divorce offre par certains aspects quelque place à la volonté, il demeure cependant impossible de parvenir à un tel résultat en dehors du cadre législatif préétabli en créant un nouveau cas de divorce par exemple. C'est pourtant à un tel résultat que pourrait parvenir la règle de conflit en autorisant les époux à choisir la loi applicable* » (« L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *op. cit.*, spéc. p. 301).

[921] Pour une présentation de l'évolution de la jurisprudence française à ce sujet : P. HAMMJE, « Divorce et séparation de corps », *Répertoire Dalloz de droit international*, n°199 et s. On relèvera qu'au titre de l'article 10 du Règlement Rome

2) L'absence d'introduction d'un « droit d'exit »

231. Les remarques relatives à l'autonomie de la volonté valent tout autant lorsqu'il est question de l'introduction d'un « droit d'exit »[922]. En effet, si celui-ci est compris comme permettant à l'individu de se soustraire à la loi de la communauté normalement applicable, dans le but de garantir le respect de valeurs libérales minimales à l'encontre d'une communauté jugée « oppressive », il implique tout comme la version classique du principe d'autonomie « *une libre négociabilité [des] critères d'identité* »[923] et s'analyse tout au plus comme un droit d'option en faveur d'un droit jugé, aux yeux du for, plus légitime.

En réalité, l'introduction d'un droit de sortie a davantage de pertinence dans le cadre du pluralisme interne, lorsque l'Etat se conçoit comme pluraliste, car il se comprend alors comme un retour au droit (étatique) commun, dont l'initiative est laissée à l'individu. La possibilité de se soumettre à des normes non étatiques est ainsi encadrée par l'Etat. Si l'autonomie octroyée aux ordres non étatiques dans leur fonctionnement interne et aux individus dans leur adhésion au groupe est maximale, l'autonomie peut être octroyée dans un domaine précis, défini par l'Etat.

232. On conclura ce raisonnement en retenant que l'autonomie de la volonté ne permet pas de satisfaire à une définition complexe de l'identité personnelle. Que loin de réduire les expectatives des parties à néant, celles-ci peuvent être prises en charge par l'adoption d'un rattachement objectif[924].

B- Le rejet de la potentielle découverte d'une volonté tacite, embrassant éléments subjectifs et objectifs

233. Que la volonté soit reléguée au plan matériel apparait pertinent : celle-ci nécessite en effet une appréciation *in concreto*, qui n'a de sens qu'au regard de la loi étrangère désignée. En aucun cas il n'apparait judicieux d'apprécier un ensemble d'éléments subjectifs et objectifs sous le couvert de la recherche de la volonté tacite des parties.

On peut en effet observer que lorsque la volonté est choisie comme critère de résolution du conflit interne de lois dans les Etats se concevant comme pluricommunautaires[925], elle s'apprécie au regard d'un faisceau d'indices permettant de prendre en compte de manière individuelle et concrète de nombreux éléments de fait objectifs venant caractériser une appartenance (baptême, autorité devant laquelle est célébré le mariage…) ; la volonté peut y être qualifiée d'« implicite » et permet

III, « Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique ».

922 V. déjà *supra* n°100 et s.

923 L.-L. CHRISTIANS, *op.* et *loc. cit*.

924 V. ainsi, F. K. von SAVIGNY, *op. cit*., Tome 8, §369, p. 201 : « *Les circonstances au milieu desquelles une obligation prend naissance peuvent déterminer chez autrui une attente précise et fondée en raison, or cette attente ne doit pas être trompée* ».

925 V. notamment dans les Etats africains, la possibilité de choisir entre le droit « moderne » d'inspiration européenne et le droit traditionnel (pour le Ghana : K. LIPSTEIN, I. SZASZY, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Brill, online, n°22 et s.) ; au Liban, de choisir, dans certains cas, expressément entre les droits d'inspiration religieuse (« *dans les mariages mixtes d'époux de communautés différentes, ceux-ci peuvent par un acte écrit opter pour le droit de la communauté de l'un d'eux, la loi du mari s'appliquant seulement dans le silence de leur volonté (art. 15, loi du 2 avril 1951). La volonté doit ainsi se diriger nécessairement vers une autorité proche des époux par leur confession* », P. GANNAGE, « L'application du principe de proximité dans les systèmes interpersonnels », *in* P. Gannage (dir.), *Au fil du temps, Etudes juridiques libanaises et proche-orientales*, Presses de l'université Saint-Joseph, Beyrouth, 2013, p. 337, spéc. p. 348) ; en Israël, ce choix s'opère par le choix de la juridiction (E. VITTA, « The Conflict of Personal Laws », *Israel Law Review,* 1970, p. 337).

en réalité d'effectuer un examen *in concreto* réunissant objectivité et subjectivité. De cet examen résulte le choix d'un régime ou d'une loi que l'Etat étranger considère comme lui étant intégrée.

Une approche quelque peu similaire a pu être adoptée par le passé[926] par les tribunaux français afin de parvenir à la désignation, pour certains litiges s'inscrivant dans le domaine des relations patrimoniales familiales, d'une normativité religieuse[927]. Sous le couvert du rattachement subjectif de la volonté, et grâce à l'intervention de la figure de la volonté implicite[928], la référence expresse au régime hébraïque dit des « Méghorachimes de Castille », ou encore la célébration du mariage devant une autorité religieuse ou en observant des rites religieux, a pu justifier l'application des normes religieuses relatives aux régimes matrimoniaux au titre d'un choix tacite de loi[929].

234. Cette approche *in concreto* de la volonté, mélangeant éléments subjectifs et objectifs, est toutefois insatisfaisante sur le plan conflictuel. En réalité, elle semble tenir davantage du principe de proximité (culturelle) que de celui de la volonté.

---

926 La Convention de La Haye du 14 mars 1978 restreint le choix de loi et permet plus difficilement une telle solution (art. 3 et 11).

927 Un premier mouvement jurisprudentiel a pu considérer que la *ketouba* (« acte établi par les rabbins notaires, dont le contenu semble assez variable puisqu'il peut contenir des obligations d'ordre général (obligation du mari de nourrir et vêtir sa femme), l'obligation, éventuellement de ne pas contracter un mariage polygamique, et surtout des obligations d'ordre patrimonial concernant le douaire, l'augment et la *nedounia* (apport) de la femme, et parfois le choix d'un régime » (Civ 1, 22 nov. 2005, n°03-12.224, *JDI* 2006, n°3, p. 16, note I. BARRIERE BROUSSE ; *idem* : H. CHANTELOUP, *D.* 2005. Pan. 1196, à propos de Civ. 1, 16 nov. 2004, Bull. civ. 2004, I, n°268) ou le mariage selon le rite musulman valaient contrat de mariage et élection du régime qui en dépend. V. ainsi pour la *ketouba* : Civ. 1, 6 juillet 1988, n°86-16499 (*RCDIP* 1989, p. 360, note KHAIRALLAH ; *JDI* 1989, p. 715, note G. WIEDERKEHR). Et pour le mariage selon le rite musulman : Civ. 1, 2 déc. 1997*, arrêt Kubicka*, Juris-Data n°1997-004835 (*RCDIP* 1998, p. 632, note P. GANNAGE ; *JCP* 1998, I, 135, obs. G. WIEDERKEHR) : les époux ayant signé, lors de leur mariage au Liban, un contrat emportant adoption de la séparation de biens avec clause de dot, conformément à la loi musulmane, et échangé en français les formules légales d'acceptation et de consentement réciproques, « les juges du second degré en ont justement déduit une volonté expresse quant à la détermination de leur régime matrimonial ». V. aussi l'arrêt Civ. 1, 7 avril 1998 (Juris-Data n°1998-001625, *RCDIP* 1989, p. 644, note D. ANOUS-SAMY), dans lequel la Cour de cassation reproche aux juges du fond ne n'avoir pas recherché « si les stipulations de cet acte, qui mentionnait, outre le consentement des époux au mariage, un contrat de mariage comportant le versement par le mari, d'une somme dénommée *maher* avec l'indication de la célébration d'un mariage dit *nickah*, selon le rite hanéfite, n'emportaient pas adoption par les époux, d'un régime matrimonial particulier ». Ainsi que Civ. 1, 22 nov. 2005 (précité), dont la portée est cependant plus incertaine.
La jurisprudence française semble abandonner cette solution, dissociant plus strictement l'acte de mariage du contrat de mariage. Pour la *ketouba*, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir considéré que « *la célébration de leur mariage religieux avec Ketouba et Kiddouchine en Tunisie, selon la loi mosaïque était sans effet sur la détermination de la loi applicable à leur régime matrimonial* (Civ. 1, 26 sept. 2012, n° 11-20.463, non publié ; *Defrénois* 2013, p. 65, obs. P. CALLE). Quant à l'acte de mariage entre marocains musulmans dressé devant un « adoul », « conformément à la loi musulmane » déterminant exclusivement les conditions du mariage, celui-ci ne revêt pas le caractère d'un contrat de mariage selon la Cour (Civ. 1, 15 juin 2017, n° 16-20.671, non publié ; *JCP* 2018. Doctr. 228, n° 9, obs. M. FARGE).

928 On peut considérer que la solution a tout de même connue une évolution. Dans l'arrêt du 22 novembre 2005 (n°03-12.224), la forme consulaire du mariage traduirait « la volonté des époux d'être mariés conformément à leur loi personnelle respective qui consacrait dans les deux cas la séparation de biens ». C'est tout de même mieux que de déduire de l'acte constatant le mariage et le paiement de la dot la manifestation d'une volonté expresse des époux au choix du régime matrimonial (V. P. GANNAGE, « Détermination de la loi applicable au régime matrimonial eu égard aux stipulations du contrat de mariage », note sous Cour de cassation (1re Ch. civ.). - 2 décembre 1997, *Mme Kubicka c. Thomé*, *RCDIP* 1998, p. 632).

929 On remarquera cependant que la Cour de cassation ne va jusqu'à préciser expressément que les parties ont entendu se soumettre à la loi coranique ou hébraïque, mais se contente de reprendre les allégations des parties en leur accordant une simple valeur d'indice de leur volonté (v. ainsi : Civ. 1, 22 nov. 2005, n°03-12.224) et applique bien souvent la loi française à la question des effets du mariage en vertu de la jurisprudence *Rivière* (Civ., 17 avr. 1953 (*GADIP*, n°26). V. Civ. 1, 31 janvier 2006, n°02-18.297 (nationalité française des deux époux), et Civ. 1, 22 novembre 2005, n°03-12.224 (domicile commun en France d'époux de nationalités différentes).

- La volonté est déduite d'un ensemble d'éléments de fait mais nécessite, pour son admission en tant que critère de rattachement, que celle-ci soit, au moins dans une mesure raisonnable, certaine et libre. Or précisément, en matière personnelle et familiale, il est difficile de supposer une telle certitude et volonté[930] : peut-on réellement supposer que chacun des deux époux ait été d'accord pour soumettre le rapport marital aux normes d'une communauté qu'on pourrait considérer comme « oppressive » ? Notamment pour la femme, située bien souvent dans une position vulnérable dans les communautés restreintes[931], peut-on réellement supposer sa volonté au regard d'éléments de fait ?

- La volonté en tant que critère de rattachement vise par ailleurs à assurer la prévisibilité juridique et on observera que la déduire d'un ensemble de faits met précisément à mal le respect de cet objectif. Au regard de la prévisibilité, ce critère n'est pas inadapté lorsque tous les éléments de l'espèce la rattachent à un même ordre normatif. Mais un tel cas de figure reste rare en matière internationale. Dès lors que les circonstances de la cause ne sont pas toutes liées à un seul ordre normatif, l'outil de la volonté devient inutilisable.

Dans la mesure où la volonté tacite repose sur un ensemble d'éléments de faits relevés au gré des espèces, il s'agit en réalité davantage de la mise en œuvre du principe de proximité, dont nous avons déjà pu critiquer la pertinence[932]. Les critiques relatives au principe de proximité, notamment au regard de la sécurité juridique, sont exacerbées en matière personnelle et familiale, où l'enjeu n'est pas uniquement la réalisation d'un acte ponctuel relevant de l'avoir (opposé à l'être) mais l'identité-même des parties au litige.

En matière personnelle et familiale, la volonté nécessite une appréciation *in concreto* qui ne peut être effectuée sur le terrain conflictuel. Elle s'opérera au stade matériel, dans les limites posées par la *lex causae*, au regard de celle-ci, et sous couvert de l'intervention de l'exception d'ordre public international.

235. Conclusion de la section. L'ambiguïté fondamentale de l'identité, au cœur de la matière personnelle et familiale, vient dicter les solutions de droit international privé. La recherche d'une articulation entre les volets volontariste et déterministe de l'identité est nécessaire et ne peut se solder que par le rejet d'une solution fondée sur l'autonomie de la volonté au stade conflictuel. Est ainsi dégagé un fondement de la relevance des normes non étatiques propre à la matière personnelle et familiale : la prise en compte des normes non étatiques doit répondre, sur le terrain du conflit de lois, au respect de l'identité personnelle envisagée dans son volet collectif. Il ne s'agit pas de l'unique argument en faveur de la relevance des normes non étatiques en matière personnelle et familiale : la relevance peut également se fonder sur le respect d'une identité collective, celle de l'ordre non étatique. On verra cependant que le droit international privé n'est pas la technique la plus adéquate afin de penser la protection de cette identité collective.

930 H. GAUDEMET-TALLON, « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 255.
931 V. *infra* n°257.
932 V. *supra* n°113.

Section 2 : Les rapports personnels et familiaux perçus comme intimement liés à une identité collective

237. La dimension identitaire de la matière personnelle et familiale fonde son particularisme. Si l'identité personnelle apparait aujourd'hui souvent première en raison de l'attention portée aux intérêts individuels et « sentiments » d'identité, la matière personnelle et familiale est également au cœur de la construction d'identités collectives et au centre d'enjeux politiques et étatiques (I).

La prise en compte de l'identité collective étrangère se traduit classiquement en droit international privé par l'attention portée aux intérêts étatiques. Elle repose sur une importante tradition et se manifeste notamment, pour ne citer que certains traits évidents, par le choix de la nationalité comme facteur de rattachement[933] ou celui de règles de conflit fondées sur un unilatéralisme qu'on pourrait qualifier de « *lex foriste* » (expansif ou de repli)[934]. On éprouve toutefois une certaine difficulté à préciser le rôle du droit international privé : celui-ci a-t-il un rôle de sauvegarde des intérêts collectifs étrangers (et est-il alors possible d'y adjoindre la sauvegarde d'intérêts collectifs non étatiques ?) ou se cantonne-t-il davantage à une participation active à la construction de l'identité collective du for ? Un tel questionnement, essentiel pour penser l'accueil de la norme non étatique, ne peut se passer d'une réflexion sur les motifs justifiant la prise en compte des intérêts étatiques étrangers en droit international privé (II).

I- La matière personnelle et familiale comme lieu de construction d'une identité collective

238. Comme le souligne le philosophe et sociologue J. Freund, « *il y a identité collective parce que les membres s'identifient à quelque chose de commun, c'est-à-dire le même qui constitue ce quelque chose de commun n'est pas une similitude totale, mais partielle. Ce qui cimente une identité collective c'est à la fois la représentation commune que les membres se font des objectifs ou des raisons constitutives d'un groupement et la reconnaissance mutuelle de tous dans cette représentation, sinon l'identité ne peut se former ou, si elle existait déjà, il se produit une crise de l'identité* »[935]. L'identité collective se définit positivement, par l'adhésion à des caractéristiques communes, et également négativement, par opposition aux autres groupements. En effet, l'identité collective « *se définit d'abord par opposition à l'autre (en général), et comme différente des autres (groupes) ; par suite, elle se saisit à travers un système de représentations relativement intuitives où s'opposent un ensemble de traits négatifs (à éviter) et un ensemble de traits positifs (proposés par le groupe comme modèle idéal), ce dernier constituant une sorte de noyau défensif, souvent générateur d'attitudes ethnocentristes ; ces attitudes et ces aspects peuvent s'exprimer dans un discours qui implique un système d'idées relativement cohérent ou idéologie* »[936].

---

933 Dont l'article emblématique est l'art. 3 al. 3 du Code civil. V. not. B. ANCEL, « Destinées de l'article 3 du Code civil », *in* M.-N. Jobard-Bachellier *et al.*, *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1.

934 Selon la typologie dégagée par H. MUIR WATT (« Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°35, p. 62). On peut citer à cet égard les articles 311-15 et 309 du Code civil.

935 J. FREUND, « Petit essai de phénoménologie sociologique sur l'identité collective », *in* J. Beauchard (éd.), *Identités collectives et travail social*, Paris, 1979, p. 65, spéc. p. 78.

936 G. MICHAUD (dir.), *Identités collectives et relations inter-culturelles*, Bruxelles, Editions Complexe, 1978, p. 112.

Que la matière personnelle et familiale soit le lieu de la construction d'identités collectives fait peu de doutes ; on se contentera de rappeler certains éléments sans faire œuvre novatrice. On relèvera l'existence d'un lien consubstantiel, pour l'ordre juridique français, entre matière personnelle et familiale d'une part et son identité collective d'autre part (A). L'identité étant un enjeu politique majeur, les revendications d'ordres non étatiques sur le terrain personnel et familial soulèvent des difficultés particulières (B).

A- La matière personnelle et familiale et l'identité de l'ordre juridique français en droit international privé

239. La matière personnelle et familiale est perçue par l'ordre juridique français, nous l'avons vu, comme intimement liée à l'être, à l'intime, à l'émotionnel. Ce n'est donc pas un hasard si cette matière a pu être le lieu privilégié d'affirmation du pouvoir étatique français, dès lors que celui-ci se conçoit comme exclusif et holiste.

Les règles de droit international privé sont tributaires de l'idée que le droit de la famille est le lieu d'émergence d'une identité collective étatique fondée sur le concept de « Nation » (1). Au-delà du contenu de ses règles, le droit international privé peut lui-même être considéré comme le lieu de préservation et de construction perpétuelle d'une identité collective (2).

1) L'émergence d'une identité collective « nationale » et sa traduction au sein de la règle de conflit de lois

240. Le domaine personnel et familial s'est révélé le lieu de l'affirmation du pouvoir étatique, vis-à-vis de l'individu comme à l'encontre d'autres pouvoirs concurrents. L'état personnel et familial est, avec le droit de la nationalité, un enjeu politique majeur pour l'Etat français en construction (a). En droit international privé, le domaine personnel et familial a ainsi pu être perçu comme le lieu d'expression de la souveraineté étatique, comme en témoignent le choix de la nationalité comme critère de rattachement et sa mobilisation au sein d'une règle de conflit unilatéraliste (b).

a) La réglementation de la matière personnelle et familiale et la création d'une identité collective nationale : l'argument historique

241. La règlementation des rapports personnels et familiaux par l'Etat est liée à la construction historique active de son identité-même, de l'émergence de l'idée d'une « Nation », dont la rhétorique se fonde précisément sur le modèle familial (la nation est une « grande famille », les immigrés sont « adoptés » par la France…)[937]. Si le droit de la famille reflète partiellement l'état de la société française, il contribue également à la création d'une identité collective nationale venant renforcer le pouvoir étatique[938]. Il existe en effet une dynamique réciproque entre pratiques familiales sociales et règles étatiques.

---

937 Comme le souligne A. MCCLINTOCK, les identités collectives nationales « sont fréquemment représentées à travers l'iconographie de l'espace familial ou domestique » (« Family Feuds : Gender, Nationalism and the Family », *Feminist Review*, 1993, 44, p. 62). L'auteure observe que le terme de nation provient du latin « nasci », « être né », et que les identités collectives nationales sont symboliquement représentées comme des généalogies domestiques.

938 P. TSOUKALA, « Marrying Family Law to the Nation », *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, p. 873, spéc. p. 874. Selon N. ROULAND, « *[l]a prééminence accordée par le droit officiel à la famille nucléaire n'est sans doute pas innocente. L'Etat y trouve un double avantage. D'une part, l'unité nucléaire est une base qui peut lui faciliter ses opérations de quadrillage (plus facile de contrôler, recenser et taxer). D'autre part, la famille nucléaire représente les valeurs individualistes (consensualisme, autonomie de la volonté) qu'il est censé garantir* » (*L'anthropologie juridique*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1995, p. 83).

En témoigne par exemple aujourd'hui encore, à l'occasion des débats relatifs à la question d'une harmonisation éventuelle du droit européen de la famille[939], la mobilisation de l'argument de l'existence d'un « caractère national » ou d'une « culture nationale » conçue comme étatique, unitaire et immuable, dans le temps comme dans l'espace[940]. Et pourtant, malgré cette position de principe, on peut remarquer que le droit de la famille français est, de manière générale, particulièrement sensible aux changements sociaux et politiques[941]. Ce paradoxe n'est qu'apparent : l'identité est nécessairement tiraillée entre stabilité et mouvement, entre symbole de cohésion (d'adhésion) et constante adaptation aux aspirations sociétales, ces deux aspects étant interdépendants.

242. L'idée que le droit de la famille est intimement lié à la Nation française permet de passer sous silence le fait que les rapports familiaux ont fait l'objet de luttes complexes de pouvoir entre autorités religieuses, locales, et étatique[942]. Si l'ensemble de ces autorités ont pour ambition de régir les rapports familiaux, « *soulignant par là même que l'État n'est qu'un acteur parmi d'autres et qu'il doit faire face à des ordres normatifs concurrents dont il ne peut faire fi s'il veut revendiquer utilement son monopole de l'injonction légitime* »[943], l'Etat français s'est précisément construit en opposition à ces autres autorités[944].

On observera ainsi que les questions relatives aux régimes matrimoniaux, à la dot, à l'héritage, au traitement de l'adultère, ont pu faire l'objet de règlementations concurrentes, coutumières, légales ou religieuses et sont cruciales pour l'affirmation du pouvoir étatique émergeant entre le 15ème (voire dès le 12ème) et le 19ème siècle. Plus précisément, l'établissement d'un droit de la famille unifié est jugé crucial à l'établissement d'un Etat post-révolutionnaire luttant contre l'Eglise catholique et les coutumes locales[945] : abolition de la primogéniture, création de l'institution du mariage civil et du divorce, limitation des pouvoirs du père de famille dans la répartition de l'héritage[946]… L'ensemble de ces propositions vient façonner une nouvelle identité collective et traduit un changement politique radical. Il s'agit d'affirmer une identité (étatique) contre d'autres modèles et d'autres pouvoirs. Le droit de la famille, tout comme le droit de la nationalité, est, pour l'Etat français en construction, un enjeu politique primordial, et ce notamment parce qu'il est relatif à l'identité-même de l'individu.

---

939 K. BOELE-WOELKI, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Anvers, Intersentia, 2003.

940 En ce même sens, remarquant que « *la famille [est] presque perçue comme une affaire d'Etat* », C. ORIOL, « Les titulaires d'un PACS sont membres d'une même famille au sens du droit de l'Union », *AJDA*, 2017, p. 175.

941 Mariage homosexuel, gestation pour autrui, filiation au sein des couples de même sexe par exemple.

942 P. TSOUKALA, *op. cit.* Pour des développements sur l'importance en France de la célébration civile du mariage et du droit au divorce contre le pouvoir de l'Eglise catholique, v. S. RAMACIOTTI, *op. cit.*, n°307 et s., p. 275 et s.

943 M. N'DIAYE, *La réforme du droit de la famille : une comparaison Sénégal-Maroc*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2016, p. 277.

944 La solution ne va pas de soi : d'autres Etats composent avec les autorités religieuses et ethniques, comme le Liban.

945 J. NGAIER HEUER, *The Family and the Nation : Gender and Citizenship in Revolutionary France, 1789-1830*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 2005, p. 27 et s.

946 *Ibid.*

L'importance historique de la dimension politique de la matière personnelle et familiale, parfois considérée comme entrelaçant des aspects de droit privé et de droit public[947], est également visible en droit international privé.

b) Matière personnelle et familiale et souveraineté en droit international privé

243. La matière personnelle et familiale a été perçue en droit international privé comme l'expression de la souveraineté personnelle étatique, ce qui se traduit historiquement pour l'ordre juridique français par le choix de la nationalité comme élément de rattachement premier[948] (et ce alors même qu'il n'est pas l'unique critère de rattachement envisageable ; le domicile le serait tout autant, comme le montre l'exemple des Etats anglo-saxons[949]) et par l'unilatéralisme de l'article 3 al. 3 du Code civil.

Sans aller jusqu'à l'adoption du personnalisme de Mancini[950] qui a vocation à étendre le rattachement de la nationalité à l'ensemble des matières, cette vision a connu un important succès

---

947 « *Il y a, dans l'état civil de la personne, deux aspects intimement liés, comme l'envers et l'endroit d'une même réalité. D'un côté, il y va de ce qu'il y a d'essentiel en chacun dans la mesure où, être individuel, il est aussi être social. Sa famille, son sexe, son nom, sa nationalité, son ancrage géographique, tout cela contribue puissamment à constituer son identité, ce qui le fait être à la fois toujours lui-même et toujours différent de lui-même, en soi et pour soi coexistant pour le meilleur et pour le pire. Tout cela, bien entendu, porte le regard du côté du droit privé. Mais regardons l'autre face. Tous ces éléments sont aussi ceux qui intéressent le groupe social. Et il n'en est pas un seul qui ne manifeste l'autre regard, celui que l'État porte sur l'individu, parce que, sans eux, il n'est rien d'autre qu'un cadre vide, qu'une vaine abstraction. On se trouve alors situé dans la perspective du droit public. Mais qui ne voit que la distinction du public et du privé n'est plus alors ontologique, mais seulement méthodologique ? La notion de nationalité est, à cet égard, particulièrement éclairante : elle concerne très directement le droit public ; et pourtant les critères de son attribution sont assez largement sous la dépendance du droit privé* » (F. TERRÉ, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Précis, Dalloz, 8ème éd., 2012, n°128, p. 143). Pour une analyse concordante en ce qui concerne le nom : L. AIT AHMED, *Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen*, Université Panthéon-Sorbonne, non publiée, 2021, n°44, p. 53 et s.).

948 Au lieu de la loi du domicile (A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP*, 1950, p. 11, spéc. p. 14).
Pour une critique contemporaine de ce critère de rattachement comme exprimant une culture donnée : A. BÜCHLER, « Islamic family law in Europe ?, From dichotomies to discourse – or : beyond cultural and religious identity in family law », *International Journal of Law in Context* 8, 2012, p. 196.
Que le rattachement de la nationalité puisse aujourd'hui se justifier par d'autres considérations, notamment démocratiques (P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé, op. cit.*, spéc. n°530, p. 366 et s.) est une question qui peut, ici, être laissée en suspens. L'ambiguïté du critère et du concept de « Nation » (B. BOUDOU, « Nationalisme méthodologique », *in* P. Mbongo, F. Hervoët, *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*, C. Santulli, Paris, Berger Lerault, 2014, p. 649 ; v. *supra* n°3) permet en effet la pluralité des justifications, expliquant au moins partiellement son succès.

949 E. RALSER, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *JurisClasseur de droit international*, LexisNexis, fasc. 543-10, 2017, n°6 : « *Dans la doctrine française, Bertrand d'Argentré fut le chef de file de cette approche territorialiste, conduisant à préférer la compétence de la loi du domicile ce qui, du reste, correspond à un rattachement de type féodal : sous cet angle, le domicile est considéré comme un véritable lien d'allégeance. Parallèlement, cette conception territorialiste a fourni leur orientation au droit anglo-américain et aux doctrines américaine et anglaise, tout en imprégnant le premier ouvrage français de droit international privé postérieur au Code civil (Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, Droit international privé : Paris, Dalloz Précis, 10e éd., 2013, n°134,* citant *J. Story, Commentaries in the conflict of laws : 1re éd., 1834. – J.-J. Foelix, Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé : Paris, Joubert, 1843)* ».

950 Qui est le représentant le plus emblématique de ce courant (G. DIENA, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *RCADI*, vol. 17, 1927, p. 343, spéc. p. 355). Comme le souligne A. PILLET, « *la doctrine de la nouvelle école italienne apparut […] sous la forme d'une nouvelle doctrine politique. Mancini, son chef, fut un homme d'État, et s'il présenta la nationalité comme base du droit, ce fut dans l'intention de fortifier la cause de l'unité italienne* » (*Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey, t. 1, 1923, p. 86).
Mancini associe entièrement dimensions politique et culturelle (« *Mancini betonte die personalistischen Aspekte des Internationalen Privatrechts so sehr, dass er den gewachsenen kulturellen Zusammenhang als wichtigsten Maßstab wählte; er meinte sogar, dass eine Rechtsgemeinschaft zwischen Individuen verschiedener Nationen unmöglich sei* »(E. JAYME, « Nation und Staat im Internationalen Privatrecht », *in* E. Jayme, H.-P. Mansel (éd.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 3, spéc. p. 6).

en matière personnelle et familiale, à une période où le droit international privé est perçu comme ayant pour objet de résoudre des conflits de souverainetés. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, Lerebours-Pigeonnière affirme que « *la souveraineté de la loi nationale est fondée sur l'intérêt naturel d'un Etat à exercer la plénitude de l'autorité sur ses sujets* »[951] afin de justifier la nécessité du renvoi en matière familiale.

244. Si la vision du conflit de lois comme un conflit de souverainetés est aujourd'hui majoritairement abandonnée[952], le rattachement de la nationalité reste, même concurrencé, important en la matière[953]. Nous le verrons plus précisément, celui-ci, tout aussi ambigu que le concept de souveraineté[954], évoque en effet, au-delà du lien politique de sujétion, l'appartenance à une identité culturelle commune (qui peut être étatique) et est le gage de permanence[955]. Cependant, l'unilatéralisme d'inspiration *lex foriste* reste sporadiquement présent, comme le montrent les exemples du traitement en droit positif de la question de la double-nationalité lorsque sont associées nationalité française et nationalité d'un Etat non-membre de l'Union européenne (primauté de la nationalité française)[956], ou encore les articles 309 et 311-15 du Code civil. L'article 309 du Code civil répond à la volonté du législateur d'assurer un champ d'application large à la loi française en matière de divorce, en prévoyant deux cas d'application de celle-ci. L'article 311-15 du Code civil, relatif à la filiation, prévoit quant à lui que « [t]outefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ». Le caractère unilatéraliste de la disposition a pu être contesté, au motif que les règles internes sur la possession d'état n'apparaissent pas revêtir une importance telle que soit justifiée leur érection au rang de lois d'application nécessaire.

Si le raisonnement unilatéraliste n'est pas absent d'autres matières (notamment en matière contractuelle sous la forme des lois de police), il est en matière familiale fortement lié à l'idée d'une identité collective étatique ou nationale dont il s'agirait d'assurer la préservation : par le repli, par la

---

Pour une critique de la théorie de Mancini : v., entre autres, H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8ème éd., 1993, n°232, p. 392 : « *la collectivité matérielle des habitants d'un même territoire est l'objectif premier du législateur. Celui-ci se propose avant tout de maintenir l'ordre ; il s'agit d'abord de l'ordre matériel et il s'adresse pour cela à quiconque est matériellement présent* ». Pour une critique quant au domaine extrêmement large du personnalisme : H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°90 et s., p. 197 et s.

951 P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, « Observations sur la question du renvoi », *Clunet*, 1924, p. 891.

952 V. à ce sujet : A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP* 1949, p. 615 ; 1950, p. 11. Notamment au nom de l'« *indifférence ordinaire [de l'Etat] à l'application de ses lois ou à la reconnaissance de ses jugements dans les situations internationales* » (P. MAYER, « L'Etat et le droit international privé »…, *op. cit.*, spéc. p. 36). V. plus récemment : E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, LGDJ, 1999, spéc. n°62, p. 41 ; *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014.

953 Pour les sources supranationales, v. par exemple les articles 5, 8 du Règlement Rome III ; pour celles nationales, v., en plus de l'article 3 du Code civil et à titre d'exemple, les articles 202-1, 311-17 et 370-3 du Code civil.

954 A. BONNICHON, *op. cit.* : la souveraineté recouvrirait deux réalités : l'étendue de la compétence étatique et l'attribut de la puissance étatique.

955 V. *infra* n°296 sur l'ambiguïté. Sur la permanence comme objectif du rattachement de la nationalité : H. BATIFFOL, « Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959, p. 431, spéc. p. 504 ; P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 11ème éd., 2023, n°939, p. 709.

956 Civ. 1, 17 juin 1968, *Kasapyan*, *RCDIP* 1969, p. 59, note H. BATIFFOL, *GADIP*, n° 46 ; Civ. 1, 9 nov. 1993, n°91-19.310, *RCDIP* 1994, p. 644, note E. KERCKHOVE.

mobilisation de l'expression de « privilège de nationalité »[957] en matière de compétence internationale (articles 14 et 15 du Code civil), par l'extension avec l'application large de la loi française en matière de divorce, ou de mariage entre personnes de même sexe (article 202-1 al. 2 du Code civil[958]).

Ces éléments bien connus étant rappelés, d'autres éléments, non plus propres à la physionomie de la règle de conflit de lois, mais à la méthode elle-même, doivent être soulignés.

2) Le rôle actif du droit international privé dans la construction d'une identité collective cohérente

245. Même détachée de toute notion de souveraineté, et indépendamment du rattachement retenu, la méthode conflictuelle poursuit l'objectif, parfois considéré comme secondaire mais toutefois essentiel, de « sauvegarde de l'ordre du for »[959]. Seulement, cet objectif revêt dans la matière personnelle et familiale une dimension tout à fait particulière : il s'agit de tracer les frontières de l'identité nationale ou collective, fondée sur des valeurs communes[960]. De manière tout à fait générale, le droit international privé a pour effet d'« externaliser » la différence (a) ; plus spécifiquement, l'exception d'ordre public international français permet d'isoler un cœur de valeurs propres à l'identité collective française et de garantir son respect (b).

a) L'externalisation de la différence

246. Définir les rapports soumis à la loi française n'a pas toujours pour objectif de définir la communauté nationale. Il peut en effet également s'agir de transformer une menace externe en un phénomène contrôlé ; comme le souligne P. S. Berman, « *affirmer sa compétence* [au sens de anglo-saxon de *jurisdiction*] *peut être considéré comme un moyen de domestiquer le chaos* »[961].

Les règles de droit international privé vont un pas plus loin, dans la mesure où elles permettent de rattacher le rapport litigieux à une loi étrangère. En effectuant le choix de rattacher ou non certaines situations conflictuelles à la loi du for, le droit international privé peut être considéré comme un

---

957 V. pour une critique : P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12ème éd., 2019, n°290, p. 200 ; V. HEUZE, *La réglementation française, op. cit.*, spéc. n°451, p. 212 et s. (en note de bas de page).

958 « Loin de favoriser la stabilité et l'équilibre au sein des relations personnelles présentant un élément d'extranéité, les nouvelles dispositions, marquées par la volonté d'imposer la nouvelle législation française dans le plus de situations possibles, démontrent une totale méconnaissance des relations privées internationales et de leur nécessaire équilibre » (A. BOICHE, « Aspects de droit international privé », *AJ fam.* 2013, p. 362 ; v. également : S. GODECHOT-PATRIS, J. GUILLAUME, « La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, Chron. 1756).

959 Pour BATIFFOL, l'intérêt essentiel de l'Etat consiste à assurer « *homogénéité et autorité de la loi* » (*Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2002 (réédition), n°123 et s., p. 278 et s

960 « *Si un juge d'un Etat relevant de la Convention européenne des droits de l'homme se trouvait, en vertu de sa règle de conflit, avoir à appliquer la loi civile libanaise ne devrait-il pas respecter cette interdiction d'établissement de la filiation adultérine ? Le droit à l'égalité de traitement que la Cour de Strasbourg reconnaît à tous les enfants s'impose-t-il à l'encontre de systèmes juridiques qui veulent défendre certaines valeurs familiales dignes de considération. Une décision du tribunal civil de Mont-Liban du 29 janvier 1991 est éclairante à ce sujet: alors que la loi applicable était la loi brésilienne qui autorise la reconnaissance de l'enfant adultérin et lui donne les mêmes droits successoraux qu'à l'enfant légitime, le tribunal libanais écarte la loi brésilienne au nom de l'ordre public, et il le fait en ces termes : après avoir constaté que le juge brésilien lui-même avait reconnu que l'on se situait dans « une société permissive, dominée par la religion du matérialisme et du plaisir, où l'institution familiale est gravement menacée », le juge libanais poursuit : « au Liban, et dans les pays d'Orient plus généralement, la société est au contraire encore attachée à la préservation de ses valeurs religieuses, de ses principes moraux et de ses traditions sociales, plus particulièrement dans le cadre de la famille qui est la cellule de base de la société… »* » (H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, volume 312, 2005, p. 1, spéc. n°479, p. 419).

961 P. S. BERMAN, *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law beyond Borders*, New York, Cambridge University Press, 2012, p. 205, traduction libre de l'extrait suivant : « *the assertion of jurisdiction can be seen as one way that communities domesticate chaos* ». L'auteur cite ainsi les procès contre les animaux ou contre les objets ayant causé un dommage à un humain.

instrument de diversification de la société ou, à l'inverse, de maintien de son homogénéité. K. Knop souligne ainsi les effets « sociologiques » du droit international privé : le droit international privé permet de « *redéfinir, ou [de] définir autrement et en parallèle une société, en déterminant qui en fait partie ou non, en y introduisant de la diversité, et créer des passerelles vers d'autres communautés par une forme d'externalisation* [« *outsourcing* »] *du multiculturalisme* »[962]. A l'échelle individuelle, une telle opération peut conduire à une « *humiliation symbolique* » de l'immigré, maintenu dans sa différence par la soumission à sa loi nationale[963].

247. Les règles de droit international privé offrent une définition complexe de la collectivité nationale. En premier lieu, elle se détermine en deux temps, et connait ainsi deux degrés d'intensité : par les règles de compétence juridictionnelle puis par celles de conflit de lois. Ainsi, le rapport soumis à la loi étrangère est considéré comme ayant des liens suffisamment étroits avec l'ordre juridique du for, justifiés par l'admission de la compétence du juge français, pour qu'intervienne le cas échéant l'exception d'ordre public international français et donc la soumission à ses principes essentiels. La relation soumise à la loi française intégrera « pleinement » la collectivité nationale. En second lieu, la définition de la collectivité s'effectue matière par matière en fonction du rattachement retenu (elle est donc à géométrie variable), et peut éventuellement ne pas correspondre à l'appartenance politique. Dans ce dernier cas, plus connu des pays anglo-saxons, K. Knop parle de l'existence d'une « citoyenneté privée »[964] (fondée sur un ensemble de droits « privés » : de propriété, de contracter… ainsi que sur le droit d'ester en justice, délimité par les règles de compétence judiciaire). Cette citoyenneté privée, plus stable et moins exposée aux intérêts politiques, servirait selon l'auteure « *d'antidote cosmopolite* »[965] en cas de crise interétatique (guerre, afflux migratoires). Le droit international privé aurait un rôle clé à jouer dans la définition de cette citoyenneté. En effet,

« *[l]a raison d'être du droit international privé est le traitement de situations impliquant des étrangers - non seulement ceux qui, sur le territoire étatique, aspirent à la citoyenneté, mais aussi ceux qui sont de passage, commerçants, exilés, expatriés, transmigrants -, ces relations entrainant des relations interétatiques [...] ; des phénomènes tels que la mondialisation et les migrations massives ne perturbent pas le paradigme du droit international privé ; ils intensifient principalement ce qui lui est déjà inhérent. Il s'ensuit que la superposition des identités, les différentes formes d'appartenance à l'Etat, l'appartenance vécue - pratiquement toutes les façons novatrices de théoriser l'identité et la citoyenneté - correspondent aux techniques traditionnelles du droit international privé et à leur interaction avec le droit public* »[966].

---

962 K. KNOP, « Citizenship, Public and Private », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, p. 309, spéc. p. 312 et s. (traduction libre). *Idem* : « *the exercice of jurisdiction has always been part of the way in which societies demarcate space, delineate communities, and draw both physical and symbolic boundaries. Such boundaries do not exist as an intrinsic part of the physical world ; they are a social construction. As a result, the choice of jurisdictional rules reflects the attitudes and perceptions members of a community hold toward their geography, the physical spaces in which they live, and the way in which they define the idea of community itself* » (P. S. BERMAN, *op. cit.*, p. 199).

963 L'expression, déjà citée, est de D. GUTMANN (*op. cit.*).

964 La traduction d'H. MUIR WATT est « *citoyenneté différenciée* » (« Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*, n°401, p. 391). K. Knop parle de « *private citizenship* » (K. KNOP, *op. cit.)*.

965 H. MUIR WATT, *op. cit.*, note 1229, sous n°401, p. 391.

966 K. KNOP, *op. cit.*

On reviendra sur cette idée lorsqu'il sera question de la différence entre appartenance étatique et socioculturelle[967], en retenant plus simplement à ce stade que le concept de citoyenneté privée permet d'insister sur le rôle central du droit international privé dans la définition d'une communauté nationale.

248. En plus de la détermination d'un rattachement abstrait menant, au gré des espèces, à une loi étrangère, certaines règles ou méthodes à coloration matérielle supposant un rôle actif des parties permettent de mener à la diversification (contestée[968]) de la communauté française.

Tel est le cas des méthodes de reconnaissance, et cela est peut-être encore plus frappant lorsque celles-ci sont mises en œuvre dans des domaines traditionnellement considérés comme appartenant au conflit de lois (soit en l'absence de décision étatique étrangère). En supposant un rôle actif des parties menant à une cristallisation de leur situation à l'étranger, la reconnaissance agit comme tempérament exceptionnel à l'homogénéité de la société, permettant de concilier aspirations sociales (ou, et surtout, individuelles) et identité officiellement revendiquée du groupe social. Ce tempérament, fondé sur le comportement actif des parties, est par ailleurs logiquement limité par l'exception de fraude à la loi[969].

Puisque les exemples étrangers paraissent toujours plus évidents, on prendra l'exemple d'Israël[970] avant de revenir à l'ordre juridique français. En prohibant le mariage entre personnes de même sexe tout en prévoyant la reconnaissance quasi-systématique de ces mariages lorsqu'ils ont été célébrés à l'étranger (généralement à Chypre)[971], l'Etat d'Israël réaffirme une identité symbolique

---

967 V. *infra* n°314 et s.

968 V. par exemple : D. SINDRES, à propos de la gestation pour autrui : « *[e]t ne dira-t-on pas bientôt qu'il serait plus sain d'ouvrir la gestation pour autrui sur le sol français, où elle serait certainement mieux encadrée et contrôlée que dans les Etats qui, aujourd'hui, sont les terres d'élection du tourisme procréatif ?* » (« Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773).

969 Selon Francescakis, l'exception de fraude vise précisément à protéger le « milieu juridique interne » contre l' « internationalisation artificielle des situations internes » (*La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, n° 42, p. 45). La fraude à la loi a pu être invoquée avec succès à l'encontre des parents d'intention pour la GPA effectuée à l'étranger : Civ. 1, 13 sept. 2013, *D.*, 2013, p. 2377, avis C. PETIT, note M. FABRE-MAGNAN, p. 2349, chronique H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *RCDIP*, 2013, p. 909, note P. HAMMJE ; 19 mars 2014, *D.*, 2014, p. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *JCP*, 2014, 613, note J. HEYMANN. Cette solution a cependant été abandonnée (Cour EDH, 5e sec., 26 juin 2014, *Labassee c. France*, affaire n°65941/11 et *Mennesson c. France*, affaire n°65192/11 ; Civ. 1, 5 juillet 2017, n°16-16.455, n°16-16.901, n°15-28.597, n°15-20.052 ; *D.* 2014, p. 1797, note F. CHENEDE, p. 1773, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, p. 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, p. 1806, note L. D'AVOUT, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, 755, obs. J.-C. GALLOUX, p. 1007, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; *AJDA* 2014, p. 1763, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. HAFTEL, et p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *RDSS* 2014, p. 887, note C. BERGOIGNAN ESPER ; *RCDIP* 2015, p. 1, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et p. 144, note S. BOLLEE ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD).

970 Un mécanisme semblable existe au Liban, où la règle de conflit de lois en matière de statut personnel, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, soumet l'ensemble des rapports familiaux à la loi de célébration du mariage. Il suffit alors aux parties d'aller célébrer leur mariage à l'étranger pour échapper aux lois de leurs communautés religieuses, donnant à la règle de conflit une coloration matérielle. V. ainsi : V. HEUZE, « Les rapports entre les communautés libanaises… », *op. cit.* Pour l'auteur, cette règle de conflit de lois permet à l'Etat libanais de contourner l'emprise des ordres communautaires. Il s'agit cependant bien là aussi d'un mécanisme permettant de créer une certaine souplesse entre identité collective et aspirations sociales (relatives à une identité choisie).

971 E. BECK-GERNSHEIM, « From Rights and Obligations to Contested Rights and Obligations : Individualization, Globalization, and Family Law », *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, vol. 13, p. 1, spéc. p. 10.

de sa communauté, l'attachement à un précepte religieux[972] tout en maintenant une certaine souplesse permettant indirectement la réalisation de certaines aspirations individuelles et sociales.

Quant à l'ordre juridique français, ce mécanisme (la mise en œuvre de la méthode de reconnaissance pour valider certaines situations en contradiction avec certaines règles considérées comme intimement liées à l'identité française) peut être décelé dans le traitement de la gestation pour autrui (GPA). La convention sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est considérée comme contraire aux valeurs françaises (articles 16-7 et 16-9 du Code civil[973], consacrant le principe « essentiel de droit français » de l'indisponibilité des personnes[974], conforté par les articles 227-12 et 227-13 du Code pénal) et a pu connaitre la sanction « maximale » de la fraude à la loi[975], montrant l'importance de ces valeurs pour l'ordre juridique français. La fraude permet en effet d'assurer une « *portée maximale au refus de reconnaissance en faisant obstacle à la transcription de tout état civil étranger, maternité comme paternité, même lorsque celui-ci est conforme à la réalité. Autrement dit, en faisant appel à la fraude, les ordres internes marquent clairement qu'ils refusent de capituler devant le fait accompli et qu'ils entendent sauvegarder les valeurs essentielles de la société qu'ils incarnent* »[976]. Cependant, la Cour de cassation a été amenée, au nom des droits fondamentaux et de l'intérêt supérieur de l'enfant, à modifier sa position[977], en permettant dans un premier temps la transcription de l'état civil au sens de l'article 47 du Code civil en ce qui concerne le parent biologique, puis en ouvrant l'adoption au parent non biologique[978] et enfin, mais la solution a été contrecarrée par la rédaction nouvelle de l'article 47 du Code civil[979], en permettant aux parents de faire transcrire intégralement et sans contrôle juridictionnel les actes de naissance étrangers des enfants[980]. La transcription partielle de l'état civil pourrait s'analyser en une méthode de reconnaissance[981], dont les conditions ont pu par ailleurs être critiquées[982]. Par ailleurs, on observera que selon la cour d'appel de Paris, même si l'article 47 du Code civil, « dans sa nouvelle rédaction, empêche la transcription de la filiation établie simultanément à l'étranger à

---

[972] K. KNOP, « State law without its state », *in* A. Sarat, L. Douglas, M. M. Humphrey (éd.), *Law without Nations*, Stanford University Press, 2011, p. 66, spéc. p. 84.

[973] Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, *GAJC*, tome 1, 13e édition, 2015, no 34, considérant 44 : la loi du 17 mai 2013 qui consacre le mariage des personnes de même sexe n'a « ni pour objet ni pour effet de modifier la portée des dispositions » de cet article.

[974] Justifiant l'exception d'ordre public international français : Civ. 1, 6 avril 2011, *D.*, 2011, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET, *RCDIP*, 2011, p. 722, note P. HAMMJE, *RTD civ.*, 2011, p. 340, observation J. HAUSER.

[975] Civ. 1, 13 sept. 2013 (v. *supra* ce numéro). En faveur de ce fondement : Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? », *RCADI*, vol. 387, 2015, p. 9, spéc. n°386 et s., p. 609 et s. *Contra* : H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°131 et s., p. 151 et s.

[976] Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°386, p. 609. Rappr. Civ. 1, 13 septembre 2013 (12-18.315) : « En présence de cette fraude, ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, paragraphe 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sauraient être utilement invoqués ».

[977] Assemblée plénière, 3 juillet 2015, *D.*, 2015, p. 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON.

[978] V. les arrêts précités de 2017.

[979] Art. 7 de la loi n°2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

[980] Civ. 1, 18 déc. 2019, n° 18-12.327, *AJ fam.* 2020, p. 131 ; p. 9, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

[981] On remarquera que la transcription de l'acte d'état civil n'empêche toutefois pas de contester l'état de la personne par la suite.

[982] La transcription d'état civil au sens de l'article 47 du Code civil peut être ici assimilé à une reconnaissance. *Idem* : D. SINDRES (*op. et loc. cit.*) : « *[l]'acte étranger est en effet porteur d'un état de droit, et le for requis, en ordonnant la transcription, accepte de reconnaître cet état et de lui faire produire des conséquences en son sein. Or, pour qu'un état de droit puisse ainsi être reconnu, il faut non seulement qu'il existe, mais encore qu'il soit conforme aux normes auxquelles le for subordonne la reconnaissance de situations juridiques constituées à l'étranger. Ce n'est pas parce qu'une situation a été créée à l'étranger et qu'elle existe effectivement, qu'elle devrait ipso facto être reconnue dans l'ordre juridique du for. Le droit sinon, ne servirait à rien d'autre qu'à enregistrer des faits établis et il suffirait alors aux juristes de se muer en enquêteurs* ».

l'égard de deux pères en dehors de l'adoption, celle-ci n'étant pas conforme à la réalité au regard de la loi française, il ne peut être invoqué dans le cadre d'une demande d'*exequatur* d'un jugement étranger et de la détermination de ses effets en France »[983].

249. Du point de vue de la « science » juridique, l'incohérence de ces solutions est fort critiquable ; le maintien de telles solutions montre toutefois les enjeux d'ordre symbolique du droit international privé. L'intervention de mécanismes considérés comme exceptionnels, même lorsque celle-ci est quasi-systématique, renforce le principe et le critère premier de définition de la communauté d'appartenance.

Que ce soit par le jeu normal du conflit de lois bilatéraliste, ou par le jeu de méthodes de reconnaissance, le droit international privé permet, de manière complexe, de définir une communauté nationale, dépendant des matières, du critère de rattachement retenu, ainsi que du poids accordé au rôle actif des parties dans la constitution de leur situation.

b) L'exception d'ordre public international français

250. De manière plus évidente, le domaine personnel et familial est le terrain de prédilection du déploiement de l'exception d'ordre public international[984]. En effet, les règles relatives à la matière personnelle et familiale sont marquées par des conceptions éloignées les unes des autres[985] et sont rétives à l'uniformisation[986]. L'exception d'ordre public international français a pour objet la défense des principes essentiels de l'ordre juridique français : écarter une loi étrangère sur ce fondement revient donc à venir préciser, affirmer et construire l'identité de l'ordre juridique français, évoluant par ailleurs dans le temps.

On se contentera de rappeler l'exemple de la GPA précédemment abordé ainsi que celui du mariage homosexuel (passant d'un interdit à un élément d'ordre public international), l'importance du principe d'égalité homme-femme en jurisprudence[987], ainsi que de mentionner l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* de la Cour de justice de l'Union européenne[988], considérant que les règles autrichiennes relatives au nom de famille sont le support de la conception de l'identité républicaine de l'Etat autrichien, justifiant à l'issue du contrôle de proportionnalité une entrave à la liberté européenne de circulation des personnes et ainsi la réaction de l'ordre public autrichien à une application de la méthode de reconnaissance des situations. Selon la Cour, « dans le contexte de l'histoire institutionnelle autrichienne, la loi d'abolition de la noblesse, en tant qu'élément de l'identité

983 CA Paris, 28 mars 2023, RG n° 21/08541.
984 I. FADLALLAH, « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2003 (actualisation en 2011), n°24.
985 V. *infra* sur la dimension culturelle de la matière (n°277 et s.).
986 V. sur le sujet : K. BOELE-WOELKI, D. MARTINY (éd.), *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019.
987 Et ce notamment lorsque les règles de conflit de lois désignent le droit musulman. Le traitement inégalitaire de la femme musulmane peut porter atteinte au principe de non-discrimination en raison du sexe (polygamie, répudiation, droit de garde des enfants) ou de la religion (interdit religieux en matière de mariage, règles excluant les non-musulmans de la succession d'un musulman). V. not. : P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *in Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263.
988 CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *Rec.*, 2010, p. I-13693 ; *RTD civ.*, 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. E. PATAUT.

nationale, peut être prise en compte lors de la mise en balance d'intérêts légitimes avec le droit de libre circulation des personnes reconnu par le droit de l'Union »[989].

Le droit international privé participe ainsi en matière personnelle et familiale à la construction d'une identité collective française, variant en fonction des matières et dont le cœur réside dans les principes défendus par le biais de l'exception d'ordre public international français. La matière personnelle et familiale est aussi le terrain de prédilection de la construction d'identités collectives non étatiques.

B- La matière personnelle et familiale comme lieu de revendications non étatiques

251. Sur le terrain personnel et familial s'expriment des tensions particulières entre l'Etat et les différentes autorités ou pouvoirs non étatiques. En effet, les normes familiales jouent, pour certaines communautés, le rôle de définition du groupe et contribuent à son existence et sa perpétuité (1). Les revendications identitaires de ces groupes font l'objet d'un traitement délicat pour l'Etat français (et plus généralement pour les pays occidentaux), pensé sur le plan interne (2).

1) Les normes familiales assument un rôle de définition de l'identité du groupe d'appartenance non étatique

252. Pour certains groupes non étatiques, les règles relatives à la famille jouent un rôle similaire à celui des règles relatives à la nationalité (et du droit de la famille) pour les Etats[990] : tout particulièrement pour les communautés qui ne comprennent pas d'ancrage spatial fort, ou bien qui ne possèdent pas une organisation institutionnelle formelle[991], l'appartenance est principalement définie par des règles relatives au « statut » personnel et familial.

Qu'il soit question des règles relatives à la nationalité ou à celles relatives aux rapports personnels et familiaux, il est question de la détermination d'une identité collective, mais également de sa perpétuité ainsi que de celle du groupe social. Comme le montre J. Galloway en ce qui concerne le droit étatique de la nationalité, celui-ci est un mécanisme par lequel une société se régénère, s'ancre dans le temps (ce mécanisme dépendant étroitement d'appréciations factuelles quant à l'identité collective et sa régénération)[992] :

« *[l]e droit de la citoyenneté ne se contente pas de distinguer ceux qui appartiennent à une communauté juridique et de déterminer les conditions d'appartenance. Il a également une dimension diachronique. Le droit de la citoyenneté est le mécanisme par lequel une société se régénère, en conservant son identité alors que les membres qui la composent naissent et meurent, arrivent et partent. Le droit de la citoyenneté fournit les fils qui relient l'avenir au passé, en identifiant les caractéristiques de ceux qui seront reconnus comme méritant une attention particulière de la part de la société* »[993].

---

989 CJUE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, précité, point 83. Nous soulignons.

990 A. SHACHAR, *Multicultural jurisdictions, Cultural Differences and Women's Rights*, New York, Cambridge University Press, 2001, spéc. p. 45.

991 A. SHACHAR, *op. cit.*, spéc. p. 46 : « Nomoi *groups […] often lack the institutional authority to formally determine who belongs to their community. Few can issue formal documents of membership or require members to contribute taxes directly to the collective. Thus many minority communities depend on traditions pertaining specifically to the family in order to preserve their distinct cultural identities* ». L'auteure ne parle pas de communautés non étatiques mais de « *nomoi group* », se référant à l'expression de R. Cover (« The Supreme Court 1982 Term, Forward : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, 97, 1983, p. 4). V. *infra* sur la pensée de ce dernier auteur (n°307).

992 J. D. GALLOWAY, « The dilemmas of Canadian citizenship law », *Georgetown Immigration Law Journal*, 13(2), 1999, p. 201, spéc. p. 207.

993 *Ibid.*, p. 202 (traduction libre).

253. De même, les normes relatives aux rapports familiaux jouent un rôle central dans la construction d'une identité partagée entre les membres du groupe non étatique[994] et distincte des autres groupes. Ce sont elles qui contiennent les règles d'appartenance au groupe et assurent sa cohérence et perpétuité. Tel est notamment le cas des règles relatives à la filiation (ou plus généralement à la naissance) ainsi qu'au mariage, permettant l'identification d'individus considérés collectivement comme faisant partie du groupe, comme porteurs de l'identité collective[995]. On observera que, pour les groupes au sein desquels s'expriment des normes familiales, l'appartenance est souvent fondée sur la naissance (et non le choix conscient d'entrer dans le groupe ; la conversion est souvent assimilée à une nouvelle naissance), tout comme pour certains ordres juridiques étatiques[996].

254. A. Shachar distingue deux fonctions des normes familiales pour les communautés non étatiques[997].

La première fonction est celle d'identification du groupe, sur laquelle nous venons d'insister : les normes familiales tracent les frontières de l'appartenance au groupe. Le droit de la famille délimite l'appartenance de deux manières : d'une part, en développant des règles complexes de lignage qui déterminent qui est, en vertu de sa naissance, membre du groupe[998] ; d'autre part, en définissant qui, par le biais du mariage, peut devenir membre du groupe. Le rôle reproductif de la femme, alors considéré comme central à la perpétuité de l'identité collective, est réglementé[999]. Les normes familiales peuvent ainsi être analysées comme l'« *expression politique du pouvoir du groupe de déterminer ses limites d'appartenance (non territoriales), c'est-à-dire une procédure juridique auto-définie pour délimiter de manière autonome qui fait partie ou non du groupe* »[1000].

Les normes familiales ont également une fonction distributive. En plus de permettre la distinction avec les autres groupes sociaux, ces normes permettent de définir et de répartir les différentes obligations des membres du groupe : relations patrimoniales entre conjoints, conséquences personnelles et patrimoniales en cas de décès ou divorce, etc. Ces règles « distributives » sont en réalité intimement liées à la conception retenue de l'identité du groupe et viennent la garantir. Tel est le cas des règles relatives au divorce selon le droit hébraïque. La non-remise du *guet* par le mari a pour conséquence l'activation du statut d'*agunah* pour l'épouse : celle-ci ne peut se remarier avec un homme de religion juive et l'enfant né d'une relation postérieure, considérée comme adultère,

---

994 A. SHACHAR, *op. et loc. cit.* : « *many minority communities depend on traditions pertaining specifically to the family in order to preserve their distinct cultural identities* ».

995 V. *supra* pour l'exemple des normes religieuses (n°142).

996 V. *infra* sur la distinction de T. FISHER (n°327 et s.).

997 A. SHACHAR, *op. cit.*, p. 50 et s.

998 V. ainsi N. ROULAND : « *L'appartenance lignagère est un des piliers des droits africains : elle structure le rapport de l'homme à la terre (celle-ci ne peut normalement s'aliéner qu'entre membres du même lignage), à ses troupeaux, ainsi que les diverses modalités d'alliance matrimoniale. C'est pourquoi les législations occidentales, en introduisant la filiation indifférenciée, ont souvent contribué à l'éclatement de ces sociétés traditionnelles* » (*Aux confins du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991, spéc. p. 66 et s.).
V. également les systèmes matrilinéaires de la religion juive et patrilinéaire de l'Islam. L'enfant issu d'un mariage entre un homme de religion juive et une femme s'étant convertie à celle-ci sera considéré comme juif par naissance (R. PATAI, J. WING, *The Myth of the jewish race*, New York, Scribner, 1975, p. 91 et s., cités par A. Shachar, *op. cit.*, p. 53).

999 Sur la question de la place de la femme s'affrontent des points de vue difficilement conciliables, v. *infra* n°257. Sur le rôle de la femme comme transmission d'une identité collective, v. les travaux sociologiques de N. YUVAL-DAVIS, F. ANTHIAS, *Woman-Nation-State*, Cambridge, Macmillan, 1989.

1000 A. SHACHAR, *op. cit.*, p. 54.

sera considéré comme illégitime et exclu de la communauté (alors même qu'il s'agit fondamentalement d'un système matrilinéaire) ; il s'agit donc d'imposer une vision stricte du mariage, pesant sur la femme comme symbole de la collectivité et de sa reproduction.

255. On rejettera à ce stade les propositions d'auteurs esquissant une distinction au sein des normes religieuses relatives à la famille. Tel est le cas de J. Deprez, distinguant entre les règles organisant la famille « *suivant un modèle patriarcal* » (fonction interne) et celles « *militant pour l'établissement ou le maintien d'un ordre public confessionnel* » (fonction externe)[1001]. Plus récemment, S. Ramaciotti reprend cette distinction dans le domaine du droit international privé : il conviendrait de différencier certaines règles « *comme la polygamie, la répudiation ou les restrictions à l'établissement de la filiation* » des règles « *reconstituant un "Etat dans l'Etat"* »[1002]. Les premières pourraient bénéficier d'un accueil direct dans l'ordre juridique français, au contraire des secondes, qui seraient soumises à une présomption d'« *atteinte à la laïcité impérative* »[1003], lorsqu'existe un lien territorial avec l'ordre juridique français (soit lorsque la situation familiale a vocation à s'épanouir en France). Cette distinction semble artificielle au regard de l'interdépendance mise en lumière entre ces différents types de normes[1004].

2) Vers une identité collective complexe ou « post-moderne » : la gestion des revendications identitaires non étatiques

256. Puisque les communautés non étatiques connaissant des normes en matière personnelle et familiale considèrent ce domaine comme essentiel à leur existence et à leur survie, on assiste à un phénomène d'expression de revendications dirigées contre les Etats, liées à la reconnaissance juridique de leurs traditions familiales et ainsi de leur autonomie[1005]. Plus encore, lorsque ces communautés sont minoritaires, la famille est considérée comme le lieu de préservation de la différence au regard de la communauté étatique et peut être l'occasion de crispations identitaires (a).

Les Etats se voient ainsi confrontés à la question de la reconnaissance d'une certaine autonomie des communautés non étatiques, particulièrement en matière familiale[1006]. Cela peut notamment se traduire par la demande de la reconnaissance d'une certaine autonomie juridictionnelle en la matière et par l'introduction de la figure de l'arbitrage religieux[1007] ou des *sharia councils* du Royaume-Uni[1008].

[1001] J. DEPREZ, « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Revue de droit canonique*, 45, 1995, p. 7 (v. déjà *supra* n°142 en note de bas de page).

[1002] S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé, op. cit.* n°422, p. 381.

[1003] S. RAMACIOTTI, *op. cit.*, n°438, p. 394.

[1004] Pour une réflexion au regard de l'ordre public international français, v. *infra*, n°441 et s.

[1005] M. DOYTCHEVA (éd.), *Le multiculturalisme,* Paris, La Découverte, 2018, p. 3 et s. Ces minorités sont alors considérées comme « *actives* », dans la mesure où elles luttent « *contre la force coercitive des méthodes d'assimilation, elles se méfient des modes d'intégration sociale développés par les pouvoirs publics ou bien elles combattent les politiques étatiques qui soit les oppriment (ce qui pourrait aller de la discrimination jusqu'à la persécution), soit les oppressent […] (de l'assimilation jusqu'à l'asservissement)* » (G. KOUBI, « Penser les minorités en droit », *in* A. Fenet (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 385, spéc. p. 403).

[1006] A. SHACHAR, *op. cit.*, p. 57.

[1007] Pour le Canada, v. *supra* n°118.

[1008] V. déjà *supra* n°118, 181. Le cœur de leur compétence est la matière familiale (https://www.shariahcouncil.org/services/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

On remarquera que c'est ce même domaine du droit de la famille qui a été utilisé, dans le cadre de la colonisation, pour départager des pouvoirs politiques concurrents, voire trouver une solution de compromis politique[1009].

On se contentera ici de passer en revue certaines des différentes solutions pensées par les Etats, qui oscillent entre deux extrêmes, celui du libéralisme et celui du multicommunautarisme[1010]. Il ne s'agit pas de prendre position sur les différents modèles proposés, qui dépendent de multiples facteurs, notamment historiques, mais de montrer que ces revendications identitaires minoritaires invitent à repenser l'identité-même de la collectivité étatique et sont traitées en interne (b).

a) Crispations identitaires relatives au statut de la femme

257. Nous l'avons vu précédemment : la femme occupe une place particulière dans la constitution de l'identité collective des communautés non étatiques. Des études de terrain montrent comment les femmes deviennent l'emblème de positions politiques et d'identités culturelles[1011]. Comme le souligne V. M. Moghadam, elles sont considérées comme ayant un rôle central dans les valeurs et traditions de la communauté, parce qu'elles assurent les tâches d'éducation et de reproduction[1012]. Les normes familiales de ces communautés soulignent ce rôle particulier des femmes et consacrent bien souvent des positions difficilement compatibles, du point de vue des Etats, avec le principe d'égalité homme-femme[1013]. Or, nous l'avons vu, ce dernier principe est au cœur de l'identité des Etats occidentaux, dont l'Etat français[1014]. Au-delà, certaines pratiques dénotant et rendant visible l'inégalité homme-femme sont jugées intolérables dans les débats publics (excision, infibulation, mariages forcés, port du *hijab*, de la *burqa*) et la désapprobation à leur égard vient participer de la construction d'une identité nationale[1015].

1009 « *Even in the later post-colonial context, indigenous elites in their struggle against colonial administrations highlighted the family as the terrain of their distinction from the colonial powers, producing in the process a notion of a nationally distinctive body of family law, also in the face of local fragmentation* » (P. TSOUKALA, « Marrying Family Law to the Nation », *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, Issue 4, 2010, p. 873, spéc. p. 875 et s.). Selon l'auteure, le droit de la famille est un domaine au cœur d'une articulation entre pouvoirs politiques, notamment pour le cas des colonies.

1010 Cette dichotomie est pour une large part une déclinaison de celle entre volontarisme et déterminisme (v. *supra* n°212). Ces deux options ont fait l'objet d'un intense débat dans les années 1980, suite à la publication de la *Théorie de la justice* de J. Rawls, entre communautariens (M. Sandel, A. MacIntyre, C. Taylor), appelant à réévaluer les principes libéraux de l'individualisme et de la neutralité, et libéraux (R. Dworkin, T. Nagel), faisant valoir la contradiction potentielle entre aspirations communautaires et droits individuels. V. sur le sujet : M. DOYTCHEVA, *op. cit.*, p. 31 et s.

1011 H. AFSHAR, *Women, State, and Ideology : Studies from Africa and Asia*, New York, Suny Press, 1987. V. plus généralement : V. M. MOGHADAM (éd.), *Identity Politics and Women : Cultural Reassertions and Feminisms in International Perspective*, Boulder, Westview Press, 1994. Et plus récemment : A. PHILLIPS, *Multiculturalism Without Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2009. Rappr. K. KNOP, R. MICHAELS, A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », *Stan. L. Rev.*, 2012 (64), p. 589, spéc. p. 596 et s. ; M. JAETERA-JAREBORG, « Empowering Women in Family Relations », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 59.

1012 V. M. MOGHADAM, *Gender and national identity : Women and Politics in Muslim Societies*, Londres, Zed Books, 1994, p. 4. Traduction libre de l'extrait suivant : « *the role of bearers of cultural values, carriers of traditions, and symbols of the community* ».

1013 R. HASSAN, « Rights of Women Within Islamic Communities », *in* J. Jr. Witte, J. D. Van der Vyverr (éd.), *Religious human rights in global perspective - religious perspectives*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 361, spéc. p. 380 et s.

1014 V. *supra* n°250.

1015 R. MICHAELS, « Banning Burqas : The Perspective of Postsecular Comparative Law », *Duke Journal Of Comparative & International Law*, 2017 (vol. 28), p. 213.

V. la réaction à ces revendications aux Etats-Unis par l'élaboration de projets de lois « anti-loi étrangère », aussi nommées lois « *anti-sharia* » (A. UDDIN, D. PANTZER, « A first amendment analysis of anti-sharia initiatives », *First*

A. Shachar dénonce le fait que la reconnaissance de groupes minoritaires au sein des Etats et par ceux-ci peut mener à fragiliser la situation des femmes (et plus largement des membres vulnérables, des « *minorités à l'intérieur des minorités* »[1016]). En effet, cette reconnaissance renforce l'autorité des groupes minoritaires et rend le recours à la justice étatique par les femmes et le respect de leurs droits (étatiques) plus incertains[1017], ce que l'auteure nomme le « *paradoxe du multiculturalisme libéral* »[1018].

b) Entre autonomie et redéfinition de la citoyenneté

258. Face à ces revendications, les Etats connaissent des réactions très différentes, dépendant de multiples données (historiques – et notamment le rapport aux autorités religieuses –, sociales, politiques, économiques, identitaires…). On peut dégager deux grands archétypes, entre lesquels les réactions étatiques évoluent : le modèle libéral[1019] ou autonomiste (renvoyant la question de l'appartenance à une communauté à la sphère privée) et le modèle communautaire (chez A. Shachar, qui adopte un vocabulaire influencé par les rapports avec le religieux, ces deux options prennent le nom de « *secular absolutist* » et de « *religious particularist* »[1020]). Le critère de distinction est la prise en compte directe et juridique par l'Etat de la communauté d'appartenance.

259. Dans le premier cas, l'Etat est fondé sur l'individu-citoyen et n'accorde aucune relevance directe aux communautés non étatiques (la citoyenneté universelle étant réputée transcender les particularismes)[1021]. Ainsi, l'individu au carrefour d'appartenances multiples peut être amené, pour exercer ses droits de source étatique, à rejeter certaines normes communautaires ou à subir des sanctions sociales : il est simplement considéré comme citoyen et non comme membre d'une communauté non étatique[1022]. L'Etat se considère comme seul légitime à réglementer la matière

---

Amendment Law Review, 2012, p. 363), dont l'objet est précisément de prohiber l'application de normes religieuses, montrant l'actualité du problème et la réalité du phénomène. M. HELFAND cite l'ensemble des Etats dans lesquels ces projets de lois sont examinés : « *Arizona, Florida, Kansas, Louisiana, North Carolina, Oklahoma, South Dakota* »… (*Negotiating State and Non-State Law : The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 3 et s.).

1016 A. EISENBERG, J. SPINNER-HALEV, *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

1017 V. déjà : S. M. OKIN, *Is Multiculturalism Bad for Women ?*, Princeton, Princeton University Press, 1999, spéc. p. 127 et s.

1018 Ou « *paradox of multicultural vulnerability* » (A. SHACHAR, *op. cit.*, p. 3, p. 11 : « *[p]ractices and traditions pertaining to the family are central to the self-conception of many minority groups that seek to preserve their differences under a common citizenship regime. However, these very same practices and traditions often impose disproportionate costs on women to such an extant that when group practices are accommodated by the state, their rights as citizens are systematically put at risk* »).

1019 « *Such collectives matter only because they are essential for well-being of the individual. If the condition of the community or the culture made no difference to the life of any individual, then the condition of collective would not matter. […] Liberal political theories rest on assumption that while the interests given expression in groups, cultural communities, or other such collectives do matter, they matter ultimately only to the extent that they affect actual individuals* » (C. KUKATHAS, « Are There Any Cultural Rights ? », *Political Theory*, 20, 1992, p. 105, spéc. p. 113).

1020 A. SHACHAR, *op. cit.*, p. 63 et s.

1021 Si l'Etat français est un exemple-type de ce modèle, une exception peut être notée : celle de la Nouvelle-Calédonie. En effet, le pluralisme normatif interne français est peut-être le plus visible lorsqu'il est question des statuts personnels particuliers d'outre-mer. C'est l'article 75 de la Constitution qui organise aujourd'hui la coexistence des statuts civil de droit commun et coutumiers.

1022 Ainsi, même le droit international visant à conférer des droits aux groupes minoritaires (et notamment la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, linguistiques ou religieuses*, adoptée en 1992 par l'Assemblée générale de l'ONU ; v. aussi l'article 3.2. de la *Convention européenne pour la protection des minorités* adoptée en 1995 : « Les personnes appartenant à des minorités nationales peuvent individuellement ainsi qu'en commun avec d'autres exercer les droits et libertés découlant des principes énoncés dans la présente Convention-cadre » - nous

personnelle et familiale. L'Etat français est de ce point de vue un exemple-type[1023], refusant d'accorder une quelconque portée juridique au mariage ou au divorce religieux (au contraire par exemple de l'Italie ou de l'Espagne, ayant conclu un Concordat avec le Vatican). L'appartenance à des communautés normatives non étatiques est reléguée à la sphère de l'autonomie, du privé : « *[l]es communautés culturelles doivent donc être considérées comme des associations d'individus dont la liberté de vivre selon des pratiques communautaires jugées acceptables par chacun est d'une importance fondamentale* »[1024]. Comme le souligne S. Ramaciotti, en matière familiale, la norme religieuse peut théoriquement être prise en compte par l'intermédiaire du contrat[1025] (l'arbitrabilité, dont les critères sont fixés aux articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil, est cependant en droit interne à rejeter en matière de droits indisponibles[1026]). La norme religieuse peut aussi faire l'objet d'un traitement en termes de droits fondamentaux individuels, fondés sur la prémisse selon laquelle l'être humain se conçoit d'abord comme un individu autonome, détaché des structures et relations sociales[1027]. On observera cependant qu'en France, le terrain des droits fondamentaux, même individuels (art. 8 et 9 Conv. EDH, sur les fondements du respect de la vie privée ou de la liberté religieuse) est rarement exploité[1028]. La distinction pertinente au cœur de ce modèle est celle entre public et privé.

---

soulignons -) est interprété par les Etats sur un fondement individualiste. Comme le résume J. DESCHENES, « *sans doute chaque minorité constitue-t-elle un groupe mais, lorsqu'il s'agira d'en déterminer les droits, c'est sur l'individu en tant que membre de la minorité qu'il y aura lieu de mettre l'accent* « (« Qu'est-ce qu'une minorité ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n°1, PUL, 1986, p. 255, spéc. p. 265).

[1023] V. *supra* (n°63), sur la typologie de R. Michaels. « *Dans les comparaisons internationales, la France est souvent étudiée comme l'exemple le plus abouti d'une politique nationale assimilationniste, qui occulte l'importance du phénomène migratoire : vue de l'extérieur, elle donnerait l'image d'une société homogène, dotée d'une culture singulière et hautement distinctive. C'est aussi un des pays où la rhétorique contre le multiculturalisme est la plus forte. L'idée d'une reconnaissance de la diversité et d'une prise en compte d'identifications minoritaires heurte ici en effet des valeurs historiques, telles que la dimension universaliste et émancipatrice de la citoyenneté, le refus des "intermédiaires" entre l'Etat et le citoyen, la stigmatisation des "communautarismes", la laïcité. Pourtant, si la vision dominante demeure celle de l'intégration républicaine, une prise de conscience s'est également opérée au cours des dernières décennies du caractère "pluriethnique" et multiculturel de la société française. Les mobilisations des descendants de l'immigration postcoloniale et maghrébine dans les années 1980, l'essor des travaux sur l'ethnicité, l'émergence, à la toute fin des années 1990, de la problématique des discriminations jalonnent ces évolutions* » (M. DOYTCHEVA (éd.), *op. cit.*, p. 3 et s.). V. en ce sens le Rapport général présenté aux *Journées mexicaines de l'Association Henri Capitant* à Mexico et Oaxaca du 18 au 25 mai 2002.

[1024] C. KUKATHAS, *op. cit.,* spéc. p. 117 (traduction libre).

[1025] L'auteure insiste cependant à juste titre sur les limites d'une telle possibilité, qui est méconnue (*Laïcité et droit privé*, Thèse de doctorat soutenue le 15 janvier 2021, Université Paris II, not. n°299 et s., p. 266 et s.). Selon nous, il ne s'agit pas fondamentalement d'un défaut de publicité : les relations familiales ne sont pas perçues comme disponibles en raison de la densité normative de la communauté familiale (v. *infra* n°337).

[1026] On peut observer un mouvement vers une arbitrabilité des relations patrimoniales en droit de la famille interne, pour le compromis (conséquences pécuniaires du divorce, partage entre héritiers par exemple) comme pour la clause compromissoire, du moins lorsque le divorce se produit par consentement mutuel. V. J.-B. RACINE, « L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille », *Droit et Patrimoine*, n°275, déc. 2017, p. 26. V. aussi : W. BEN HAMIDA, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », *Annuaire Droit et Religions*, 2017-2018, vol. 9, p. 410, spéc. p. 416 et s.

[1027] B. DE SOUSA SANTOS, *If God Were a Human Rights Activist*, Stanford, Stanford University Press, 2015, p. 7.

[1028] On notera l'importante exception de l'arrêt *Baby-Loup*. La chambre sociale juge qu'« il résulte des articles L. 1121-1, L. 1132-1, L. 1133-1 et L. 1321-3 du code du travail que les restrictions à la liberté religieuse doivent être justifiées par la nature de la tâche à accomplir, répondre à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et proportionnées au but recherché » (Soc. 19 mars 2013, n° 11-28.845, *D.* 2013, p. 956, avis B. ALDIGE ; *D.* 2013, p. 963, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 2013, p. 388, chron. E. DOCKES). L'interdiction du port d'un vêtement religieux est appréhendée en l'espèce comme une restriction du droit à la liberté de religion. Cette conception n'est pas la seule existante et dépend étroitement du contenu attribué au concept de laïcité. Sur le sujet, v. par exemple : N. BAUER, « Affaire "Baby-Loup" et burqa : la divergence profonde entre Genève et Strasbourg affaiblit la liberté de religion », *Société, droit et religion*, 2019/1 (n°9), p. 83. V. plus généralement : S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, *op. cit.*

Certains Etats ont adopté une version plus souple de ce modèle, reconnaissant les mariages célébrés devant des autorités non étatiques. Les Etats anglo-saxons sont quant à eux plus ouverts au multiculturalisme[1029], comme le montre la figure de l'obligation d'accommodement raisonnable du droit canadien, obligeant « *dans certains cas, l'Etat, les personnes et les entreprises privées à modifier des normes, des pratiques ou des politiques légitimes et justifiées, qui s'appliquent sans distinction à tous, pour tenir compte des besoins particuliers de certaines minorités, principalement les minorités ethniques et religieuses* »[1030]. On remarquera cependant que l'arbitrage religieux n'a pas été admis dans cet Etat[1031].

260. Le second modèle est celui venant garantir à certaines communautés l'autorité de réglementer les relations familiales selon leurs normes et traditions. Ces communautés sont investies de compétence en la matière personnelle et familiale. Un des cas les plus évidents est celui du Liban, qui ne connait pas de réglementation étatique dans ces matières[1032]. Il s'agit de systèmes se concevant comme pluralistes, dont une partie d'entre eux répond au système historique du *millet*, hérité de l'empire ottoman (Kenya, Israël[1033], Inde[1034])[1035].

[1029] V. sur le sujet, not. : B. ATKIN, G. AUSTIN, « Cross cultural Challenges to Family Law in Aotearoa/New Zealand », *in* N. Lowe, G. Douglas (éd.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1996, p. 327.
Le multiculturalisme est « *l'état dans lequel se trouve une société qui entreprend de coordonner des ensembles de valeurs et croyances auxquels s'identifient des groupes d'individus qui la constituent, notamment exprimées par des sentiments d'appartenance religieuse et d'identité linguistique* » (N. ROULAND, « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, n°46, 2000 p. 519, spéc. p. 520). « *En tant que tel, [le multiculturalisme] s'est décliné soit sur le terrain des politiques publiques, destinées à assurer aux minorités culturelles une meilleure intégration sociale et politique dans des démocraties comme le Canada, l'Australie, la Grande-Bretagne ou la Suède, soit dans le champ de la théorie politique, à travers les plaidoyers en faveur des « politiques de la reconnaissance », des « politiques de l'identité » ou des « droits culturels »* » (S. GUERARD DE LATOUR, v°Multiculturalisme, C. Achin (éd.), *Dictionnaire. Genre et science politique. Concepts, objets, problèmes.* Presses de Sciences Po, 2013, p. 356).

[1030] J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de Droit de McGill*, vol. 43, 1998, p. 325, spéc. p. 325. V. pour une présentation générale du mécanisme : S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, *op. cit.*, n°32 et s., p. 48 et s. Comme le souligne l'auteure, il s'agit davantage d'évincer le droit étatique plutôt que d'appliquer la norme religieuse.

[1031] M. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels : Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 255. L'arbitrage religieux serait un prolongement de la liberté religieuse. Il permettrait de résoudre des conflits qui, en raison de l'identité du juge étatique, ne pourraient être résolus par celui-ci (une autorité religieuse est requise). Sur un plan collectif et plus symbolique, reconnaitre la spécificité de l'arbitrage religieux permet la construction d'un projet social commun et de dépasser l'opposition entre « eux » et « nous » : la reconnaissance de l'arbitrage religieux permettrait de promouvoir l'apparition de valeurs communes et viendrait enrichir le débat public.
V. l'affaire dont ont été saisies les juridictions britanniques relative à la communauté ismaélienne et la nomination par une partie d'un arbitre non ismaélien. La Cour suprême, dans une décision du 27 juillet 2011 a estimé que les termes de la clause d'arbitrage, prévoyant que les arbitres soient ismaéliens, devaient être respectés et refuse d'appliquer la législation du travail relative aux discriminations ([2011] WLR 1872, [2011] 1 WLR 1872, [2011] IRLR 827, [2011] 32 EG 54, [2011] ArbLR 28, [2011] UKSC 40, [2011] Bus LR 1182, [2011] ICR 1004, [2011] CILL 3076, http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2011/40.html, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024). V. sur cette décision : W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, spéc. p. 430.

[1032] V. par exemple : P. GANNAGE, « L'articulation des ordres juridiques dans un Etat multicommunautaire. L'exemple libanais », *in Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, LexisNexis, 2009, p. 247, spéc. n°7, p. 300.

[1033] Y. SEZGIN, « The Israeli Millet System : Examining Legal Pluralism Through Lenses of Nation-Building and Human Rights », *Israel Law Review*, 2010 (vol. 43, n°3), p. 631.

[1034] Ainsi, l'Inde connait diverses législations en matière familiale : Hindu Marriage Act de 1955, Hindu Succession Act de 1956, Muslim Women's Dissolution of Marriage Act de 1939, Christian Marriage Act… Les parsis ont aussi leurs propres normes (C. GOVINDARAJ, *The Conflict of Laws in India: Inter-Territorial and Inter-Personal Conflicts*, New Delhi, Oxford University Press, 2ème éd., 2019, spéc. p. 73 et s. pour l'exemple de l'union et de la désunion).

[1035] V. également la proposition doctrinale d'A. SHACHAR de « *joint governance* » (*op. cit.*, v. *supra* n°11-2).

261. On s'arrêtera enfin sur la proposition doctrinale de tenir compte de l'appartenance à une communauté non étatique par la notion de « citoyenneté différenciée » ou « multiculturelle »[1036]. En effet, en repensant le concept de citoyenneté, on touche de manière particulièrement visible à l'identité même de l'Etat. S'opposant à l'absence de considération par l'Etat de différences jugées pertinentes[1037], W. Kymlicka affirme qu'il serait « *légitime, voire inévitable, de compléter les droits de l'homme traditionnels par des droits des minorités. Une théorie globale de la justice dans un État multiculturel comprendra à la fois des droits universels, attribués aux individus indépendamment de leur appartenance à un groupe, et certains droits différenciés selon les groupes ou un "statut spécial" pour les cultures minoritaires* »[1038]. Selon l'auteur, il conviendrait de reconnaitre trois types de droits collectifs : « *self-government rights* » (impliquant une délégation de pouvoirs au profit du groupe), « *polyethnic rights* » (soutien financier et juridique au service de certaines pratiques de certains groupes ethniques), « *special representation rights* », soit des règles venant instaurer une représentation politique des groupes minoritaires, se traduisant, par exemple, par l'instauration d'un quota de sièges dans les institutions étatiques[1039].

262. La matière familiale et personnelle est intimement liée à des enjeux identitaires : elle est au cœur de l'identité collective de certaines communautés non étatiques comme étatiques (avec le droit de la nationalité pour ces dernières). En fonction de l'organisation politique locale des communautés étatiques comme non étatiques, les enjeux identitaires peuvent être le lieu de tensions comme de co-construction de l'identité collective, notamment dans les Etats ne reconnaissant officiellement aucune autre communauté que celle nationale. Ces enjeux sont traités sur le plan interne, tant l'identité particulière de chaque Etat est concernée. Cependant, à adopter le prisme du litige interindividuel, dès lors que celui-ci n'est pas considéré comme purement interne, soit en ce qui concerne les rapports « internationaux », un autre arbitrage entre normes étatiques et non étatiques est possible ; l'identité du for n'est plus directement et principalement concernée, il est possible de prendre comme point de départ le point de vue étranger[1040].

Le système du *millet* permettait, dans l'Empire Ottoman, d'administrer les non-musulmans par l'intermédiaire de représentants de leurs communautés, principalement religieuses, respectives. Ce système se traduit par l'octroi à ces minorités d'un statut d'autonomie personnelle (nécessitant l'instauration d'un système de personnalité des lois), se traduisant concrètement par le recours, en cas de litige, aux tribunaux de la communauté religieuse d'appartenance. V. pour un point de vue historique critique : M. URSINUS, v°Communautés, *in* F. Georgeon, N. Vatin, G. Veinstein (dir.)*, Dictionnaire de l'Empire ottoman,* Paris, Fayard, 2015, p. 280. On peut citer à titre d'exemple la juridiction du mufti de Thrace occidentale, en Grèce. Sur le continent européen, il s'agit de l'unique cas d'application du statut personnel des musulmans par des tribunaux musulmans. Ce système est garanti par l'article 45 du traité de Lausanne de 1923.

1036 C. TAYLOR, *Multiculturalisme : différence et démocratie*, Paris, Flammarion, 1997 ; W. KYRLICKA, La *citoyenneté* multiculturelle, La Découverte, 2001.

1037 « *Le mythe de l'"indifférence bienveillante" (benign neglect) de l'État-nation démocratique à l'égard des différents groupes culturels conduit ainsi à masquer l'inégal accès des individus à leur culture d'origine, laquelle mérite pourtant d'être protégée parce qu'elle l'une des bases du respect de soi et qu'elle offre un contexte de choix indispensable à l'exercice de l'autonomie (Kymlicka, 2001)* » (S. GUERARD DE LATOUR, « Multiculturalisme », *op. et loc. cit.*).

1038 W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship…, op. cit.*, p. 6 (traduction libre).

1039 *Ibid.*, p. 6 et s., p. 26 et s.

1040 « *How different is too different ? This is the same dilemma as for theories of multicultural citizenship. But whereas private international law begins with acceptance of the other state's potentially illiberal laws, multicultural citizenship starts with liberal values* » (K. KNOP, « Citizenship, Public and Private », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, p. 309, spéc. p. 339, nous soulignons).

II- Le faible rôle du droit international privé dans la défense d'une identité collective étrangère

263. Puisque, en droit international privé, la relation litigieuse est considérée par l'ordre du for comme « internationale » ou du moins « partiellement étrangère », les considérations identitaires françaises ne se présentent pas avec la même intensité. Le droit international privé est parfois réputé endosser le rôle de défense des intérêts étatiques étrangers[1041], ce qui revient, en matière familiale, à épouser la conception étatique étrangère relative à son identité. Or, si ces intérêts sont ceux de tout ordre faisant œuvre de « législateur »[1042], soit de toute communauté normative, on peut se demander si les motifs conduisant à la prise en compte des intérêts étatiques étrangers peuvent valoir pour les communautés non étatiques.

Il est toutefois difficile de repérer en droit positif des solutions pouvant être directement et indubitablement déduites de la protection des intérêts étatiques étrangers. Comme le souligne P. Mayer, « *cette considération ne dicte guère des solutions précises dans la méthode dite "savignienne", couramment utilisée ; celle-ci consiste à attribuer à chaque type de rapport de droit le rattachement qui convient le mieux du point de vue des intérêts essentiellement privés, et notamment de la prévisibilité et de l'harmonie des solutions ; l'intérêt étatique y trouve indirectement son compte* »[1043]. Ainsi, la permanence du statut personnel ou le respect des attentes légitimes des parties sont mis en avant, et non le respect de l'identité collective étrangère. Les manifestations de l'attention portée à l'identité collective étrangère sont alors davantage à rechercher dans les techniques unilatéralistes ponctuelles, et notamment la figure du renvoi dans le domaine personnel et familial ou la consultation des règles de conflit internes étrangères (A). Ces solutions ne plaident cependant pas indubitablement en faveur du respect de l'identité étatique étrangère. S'il a pu alors être proposé de recourir à l'autonomie afin de protéger une identité collective non étatique « culturelle », une telle idée, sans surprise, ne saurait convaincre (B).

A- Manifestations unilatéralistes et respect de l'identité de l'Etat étranger

264. Que ce soit le renvoi ou la consultation des règles de conflit internes étrangères lorsque l'Etat étranger est considéré comme plurilégislatif, ces mécanismes d'inspiration unilatéraliste (dans la mesure où le point de vue de l'Etat étranger est, certes seulement partiellement, pris en compte[1044]) viennent à première vue plaider en faveur du respect de l'identité étatique étrangère, de l'organisation de l'Etat étranger. On remarquera cependant qu'en l'absence de cohérence logique entre ces deux mécanismes dans les textes internationaux relatifs à la matière personnelle et familiale, il est plus probable qu'ils répondent en réalité à des objectifs distincts et étrangers au respect de l'identité de l'Etat étranger. La consultation des règles de conflit internes semble davantage répondre à des considérations relatives à l'économie de la solution, en l'absence de solution davantage satisfaisante. Si le renvoi (au 2nd degré) répond quant à lui traditionnellement à

1041 P. MAYER, « L'Etat et le droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 39 : « *La notion d'intérêt de l'Etat, omniprésente dans la doctrine de droit international privé, est multiforme. Mais ce n'est pas tant l'intérêt qui se présente sous des aspects différents, que l'Etat lui-même. On voit en lui tantôt la personnification de la collectivité nationale, tantôt le dépositaire de la souveraineté, tantôt le titulaire du pouvoir normatif* ».

1042 *Ibid.*

1043 *Ibid.*, p. 43.

1044 Pour une critique du caractère unilatéraliste de la consultation des règles de conflit internes étrangères : V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, spéc. n°1577 et s., p. 2344 et s.

l'objectif de l'harmonie internationale des solutions[1045], on relèvera que cet objectif tend à être mis de côté dans les derniers instruments de droit positif (conventions de La Haye[1046], règlements européens[1047]), et ce à juste titre, puisqu'il n'apparait que secondaire dans le domaine du conflit de lois, lorsqu'il s'agit de créer une situation juridique.

265. En droit de la famille (relations successorales inclues), les instruments supra-étatiques récents semblent prévoir systématiquement la consultation des règles de conflits internes étrangers[1048], peu important l'élément de rattachement retenu et notamment lorsque celui-ci est territorial.

Les règlements de Rome (articles 22 I Rome I, 25 I Rome II, 14 b Rome III) et la Convention de La Haye de 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires (art. 1 al. 2) distinguent certes entre élément de rattachement spatial et élément de rattachement personnel : la consultation des règles étatiques de conflit interne ne serait de rigueur que lorsque la règle de conflit retient un rattachement personnel. Mais des textes plus récents prévoient quant à eux la consultation systématique des règles de conflit internes étrangères. Tel est le cas du Protocole de La Haye sur les obligations alimentaires (art. 16 II) et du règlement Successions (art. 36 I), se fondant sur le modèle des Conventions de La Haye sur la protection des mineurs de 1996[1049] (art. 48 a) et de celle du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (art. 46 a). On pourrait ainsi en déduire qu'en la matière, le respect de l'identité de l'Etat étranger impose la consultation des règles de conflit internes.

On peut toutefois douter d'une telle interprétation : dans ces derniers instruments, le renvoi est exclu (art. 19 de la Convention sur la protection internationale des adultes ; art. 12 du Protocole de 2007)[1050]. En effet, nous l'avons vu, les règles de droit international privé ont également comme fonction de définir la communauté nationale en externalisant la différence[1051] : il paraitrait alors logique de consulter les règles de conflit de lois étrangères par l'intermédiaire du renvoi. Tel est d'ailleurs la solution prônée par V. Parisot dans sa thèse[1052].

266. Il convient donc de retenir que le respect de l'identité de l'Etat étranger ne permet pas d'expliquer l'état du droit positif et que le renvoi et la consultation des règles de conflit internes répondent à des logiques distinctes.

[1045] Comme le soulignent P. MAYER, V. HEUZE et B. REMY, « *[c]ette affirmation est mieux justifiée pour le renvoi au second degré que pour le renvoi au premier degré* » (*Droit international privé, op. cit.*, n°228, p. 165). Le renvoi au premier degré ne permet d'assurer l'harmonie internationale des solutions que si l'ordre étranger ne connait pas lui-même le renvoi. Le renvoi au 1er degré se justifie ainsi davantage par des raisons d'opportunité.

[1046] V. le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007, sur la loi applicable aux obligations alimentaires (article 12), la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (art. 3).

[1047] V. l'article 11 du Règlement Rome III.

[1048] J. VON HEIN, *in Münchener Kommentar BGB*, 10ème éd., 2024, vol. 12, sous l'art. 4 EGBGB, n°262, p. 393.

[1049] Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

[1050] La consultation des règles de conflit internes ne peut en aucun cas être assimilée à un « renvoi » : il ne s'agit pas de désigner un ordre juridique mais de déterminer la loi matérielle applicable.

[1051] V. *supra* n°247. Le droit international privé définit finement, à l'aide du filtre de l'extranéité et des deux étapes que constituent l'application des règles de compétence internationale puis de conflits de lois, une société particulière dans le cadre du litige interindividuel.

[1052] V. PARISOT, *op. cit.*

Alors que le renvoi a pour objectif l'harmonie internationale des solutions (du moins avec l'Etat dont la loi est désignée par la règle de conflit de lois du for)[1053], on peine à voir comment la consultation des règles de conflit internes peut réussir à atteindre cet objectif :

- Ne serait-ce qu'au regard d'un alignement avec le point de vue étranger étatique désigné, soit plus pragmatiquement au regard du respect de l'organisation du système juridique étranger, un tel alignement est loin d'être évident. Comme l'a justement montré V. Parisot, ces normes ont été pensées dans le contexte interne et leur application pour un rapport « international » risque de conduire à des résultats « *aberrants* »[1054] et compliqués à mettre en œuvre[1055]. A prendre l'exemple de la question de la validité au fond du mariage d'un Libanais de confession druze célébré en France, la consultation, en vertu des règles de conflit française, des règles internes libanaises pourrait mener à l'application de la loi de la communauté druze (en vertu de l'article 10 de l'arrêté n°60 LR de 1936) et ainsi à l'intervention d'un éventuel empêchement religieux selon cette dernière. Saisi du même litige, le Liban aurait, en vertu de ses règles de droit international privé, soit l'article 25 al. 1 et 2 de l'arrêté précité tel qu'interprété par la jurisprudence, soumis l'appréciation de la validité au fond du mariage en ce qui concerne l'essence même de l'institution du mariage à la loi française de célébration du mariage[1056].
- Même à considérer que la désignation de la communauté non étatique, suite à l'application des règles de conflit étrangères internes, soit une solution satisfaisante, il est fort probable que la communauté en question ne reconnaisse pas le futur jugement français rendu. Tel est du moins le cas pour les communautés religieuses, qui ne conçoivent pas qu'un juge laïc puisse appliquer des normes sacrées[1057]. L'harmonie internationale des solutions avec cet ordre normatif peut alors difficilement être atteinte.

La consultation des règles de conflit internes ne permet donc ni de garantir le respect de l'identité étatique étrangère, ni d'assurer l'harmonie internationale des solutions. En réalité, la consultation des règles de conflit internes étrangères apparait comme une technique pragmatique, qui se justifie uniquement au regard des intérêts des parties (pouvant légitimement s'attendre à l'application d'une norme non étatique ou infra-étatique) et qui apparait comme le moyen le plus satisfaisant de

---

1053 Pour davantage de nuances et de précisions : Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi : et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958 ; G. P. ROMANO, *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Genève, Schulthess, Ed. Romandes, 2015.

1054 Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé,* Dalloz, 10ème éd., 2013, n°161, p. 145 (terme non repris dans la nouvelle édition du Précis).

1055 V. PARISOT, *op. cit.*, spéc. n°1533 et s., p. 2292 et s. Tel est notamment le cas lorsque les règles étrangères internes de conflit utilisent un critère de rattachement, par exemple le domicile, qui se réalise en l'espèce dans un État étranger.

1056 Pour des précisions, v. V. HEUZE, « Les rapports entre les communautés libanaises… », *op. cit.* ; P. GANNAGE, « Liban », *Jurisclasseur Droit comparé*, Fasc. 60, 2009, par. 34.

1057 I. BARRIERE-BROUSSE, « Le juge civil face aux règles religieuses : aspects de droit international privé », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 4, 2009-2010, p. 399, spéc. n°13, p. 404. Cette solution va de pair avec l'interdiction de certaines communautés, notamment hébraïque, de plaider devant des juridictions étatiques (Y. FEIT, « The Prohibition against going to secular courts », *The Journal Of The Beth Din Of America*, 2012 (1), p. 30). V. pour une réflexion plus approfondie *infra* n°430 et s. ; n°470 *in fine*.

déterminer la norme matérielle applicable au regard de la grande diversité des ordres étrangers et des rapports entre normes étatiques et non étatiques[1058].

B- Autonomie et respect d'une identité collective étrangère

267. Les solutions précédemment énoncées, en l'état du droit positif, ne permettent que très indirectement d'assurer le respect d'une identité collective étrangère, si tant est que cet objectif soit effectivement poursuivi. Il a pu être soutenu que le principe d'autonomie permettrait au mieux le respect de « l'identité culturelle » et cette solution pourrait se prévaloir d'un certain succès en droit positif. Or, en aucun cas le principe d'autonomie ne permet d'assurer le respect d'une identité collective (1) ; l'utilisation de la « volonté » dans les Etats pluricommunautaires ne peut être comprise comme une illustration du principe d'autonomie (2).

1) Le principe d'autonomie ne permet pas d'assurer le respect d'une identité collective

268. Nous avons déjà insisté sur la proposition d'intégrer l'autonomie limitée, ou une option de législation, en matière personnelle et familiale[1059]. Une telle proposition, déjà critiquable au regard du respect de l'identité personnelle, ne saurait *a fortiori* convaincre lorsqu'il est question d'identité collective.

Une précision doit être effectuée : le principe d'autonomie ne permet pas davantage de tenir compte d'une identité « culturelle ». Avec P. Mankowski[1060], et contre une partie de la doctrine[1061], il convient de rejeter ce concept d'identité culturelle de l'individu, qui évince la distinction, pourtant pertinente en droit international privé, entre identité individuelle et collective. En effet, à se concentrer sur le respect d'une identité « culturelle » de l'individu, les intérêts collectifs des ordres normatifs ne sont qu'incidemment pris en considération, par le prisme des parties (volonté commune, mutualité d'attentes légitimes) et non en tant que tels, ce qui est rendu possible par la désignation de l'ordre auquel il convient de rattacher le litige. Par ailleurs, la référence à la culture, en tant que telle, est difficile à justifier, nous le verrons : la culture est difficilement saisissable (entre

[1058] V. pour la proposition d'un rattachement subsidiaire : V. PARISOT, *op. cit.*, n°1605 et s., p. 2381 et s. Un tel rattachement mène cependant nécessairement selon l'auteure à la désignation d'une norme étatique.

[1059] V. *supra* n°223 et s.

[1060] P. MANKOWSKI, « Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht », *IPRax* 2004, p. 282. L'auteur rejette cependant toute relevance d'une identité collective : celle-ci ne jouerait au mieux qu'un rôle d' « *amorce d'une courroie de transmission* » (« *Identitätsregeln als gleichsam vereinheitlichungsresistenter Kernbestand eines nationalen Rechts sind bestenfalls der Ansatz eines Transmissionsriemens* », spéc. p. 284). Pour une autre critique de l'identité culturelle, v. L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013, p. 235, spéc. n°120 et s., p. 328 et s.

[1061] E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI*, 1995, p. 54 et s. (ci-après : « Identité culturelle »), p. 147 et s., p. 203 et s. ; M.-P. WELLER, « Das Personalstatut in Zeiten der Massenmigration », *in* N. Dethloff, G. Nolte, A. Reinisch (éd.), *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick : Migrationsbewegungen,* Heidelberg, C.F. Müller, 2018, p. 247, spéc. p. 269 et s. Sur les idées de E. Jayme, v. *infra* n°287. Sur une utilisation du concept de culture, v. *infra* n°277 et s.

autres parce qu'elle entretient un lien étroit avec le droit ; mais aussi car il s'agit d'un phénomène plus ou moins conscient[1062])[1063].

2) L'utilisation de la volonté par les Etats pluricommunautaires ne repose pas sur le principe d'autonomie

269. Par ailleurs, on ne saurait se fonder sur l'argument selon lequel les Etats pluricommunautaires utiliseraient la « volonté » comme critère de choix de la communauté infra-étatique normative pertinente pour arguer que la volonté permet au mieux de sauvegarder des intérêts collectifs. En réalité, il ne s'agit pas d'une illustration du principe d'autonomie, mais du choix d'un critère permettant d'embrasser un ensemble d'éléments de fait marquant l'intégration dans une communauté culturelle particulière.

Nous avons déjà fait état de la jurisprudence française relative aux régimes matrimoniaux, utilisant la volonté implicite comme critère permettant de saisir un rattachement objectif dans une communauté non étatique[1064]. Ce même mécanisme peut être observé dans les Etats plurilégislatifs ou pluricommunautaires, lorsqu'il s'agit de déterminer le droit applicable. On prendra l'exemple du Liban, tel que présenté par P. Gannagé. Selon l'auteur, le domaine de la volonté est limité : « *réservé aux personnes de confession différente, le choix des époux ne peut en effet se porter que sur le droit de la confession de l'un d'eux. Révélé généralement par la forme de conclusion du mariage, il déterminera l'application du système juridique de l'autorité de célébration qui régira le statut matrimonial dans son ensemble* »[1065]. Lorsque la volonté s'apprécie à l'aune de critères principalement objectifs, est encadrée et entraine la soumission d'un pan entier de relations personnelles et familiales à un ordre normatif, il apparait difficile de fonder la volonté sur le principe d'autonomie, supposant la liberté du sujet. On peut rapprocher de cette hypothèse celle du « choix » du statut de droit commun ou du statut coutumier kanak prévu par le droit français[1066], en concurrence avec une appréciation en termes de possession d'état[1067].

[1062] *Idem*, et contre une prise en compte de la culture en droit international privé : P. MANKOWSKI, *op. cit*., spéc. p. 284 : « *Sur quoi l'identité culturelle doit-elle se fonder ? Au regard de quels principes doit-elle s'orienter ? alors s'orienter ? La règle de conflit de lois résulte en l'application de règles de droit, et non dans un examen de correspondance du résultat à des idées juridiques diffuses. Que reste-il alors de la composante culturelle ? En conflit de lois, le droit n'imprègne pas la culture, et inversement, le droit ne reproduit pas la culture ou ses représentations, mais développe ses propres représentations. Dire que le droit est l'habit d'un peuple dans lequel il évolue en fonction de ses besoins, de ses mœurs, de ses dispositions et de ses opinions est une déclaration une déclaration du même ordre que la phrase selon laquelle le droit est l'expression et le résultat de la volonté d'un peuple de se façonner lui-même. Les juristes ont nécessairement un autre regard sur le droit que les profanes* » (traduction libre).

[1063] V. *infra* n°298.

[1064] V. *supra* n°233.

[1065] P. GANNAGE, « Le pluralisme des statuts personnels au Liban. Son régime, ses limites », *in* P. Gannagé, *Au fil du temps, Etudes juridiques libanaises et proche-orientales*, Presses de l'université Saint-Joseph, 2013, p. 203, spéc. p. 209.

[1066] L'article 7 de la loi organique de 1999 dispose ainsi que « les personnes dont le statut personnel [...] est le statut civil coutumier kanak sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». D'abord restreint au domaine des personnes et de la famille, le champ d'application des statuts coutumiers s'est étendu à « l'ensemble du droit civil ». L'article 9 pose quant à lui le principe de primauté du droit commun sur la coutume dans les relations juridiques mixtes, marquant la subordination de la coutume. Si initialement les kanaks ont tous relevé du statut civil coutumier, certains ont opté pour le statut civil de droit commun. L'appartenance se révèle ainsi par l'option choisie par l'individu, soit sa volonté, ainsi que l'intérêt familial ou la vérité sociologique afin de respecter l'insertion sociale et familiale de l'individu. Le statut personnel a également des incidences en droit des biens. Selon l'article 18 de la loi organique de 1999, « sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier. Les terres coutumières sont constituées des réserves, des terres attribuées aux groupements de droit particulier local et des terres qui ont été ou sont attribuées par les collectivités territoriales ou les établissements publics fonciers, pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre... ».

[1067] Sur le rôle de la possession d'état : « la preuve d'une possession d'état non équivoque (*nomen, fama* et *tractatus*) se déduit d'un seul fait majeur, qui en réalité les englobe et les résume tous : l'appartenance à un clan, qui induit une

L'utilisation de la « volonté » ne peut ainsi être comprise comme une illustration du principe d'autonomie. Il s'agit d'un critère permettant, notamment par le biais de la volonté implicite, de résoudre la difficulté de la pluralité d'indices factuels, subjectifs et objectifs, de l'appartenance.

Le droit international privé ne semble pas avoir pour rôle, à titre principal, de protéger l'identité collective étrangère en tant que telle : si celle-ci est prise en compte au stade du choix de l'élément de rattachement, elle n'est qu'un motif parmi d'autres dictant le choix de la physionomie de la règle de conflit de lois. Par ailleurs, les manifestations unilatéralistes ou l'autonomie ne permettent en aucun cas de sauvegarder à titre principal une quelconque identité étrangère : si l'identité collective est digne de protection, c'est bien davantage sur le versant individuel.

270. Conclusion de la section. La matière personnelle et familiale est au cœur de l'identité collective, que ce soit celle des Etats ou bien celle de communautés non étatiques connaissant des normes en la matière. A l'instar ou avec le droit de la nationalité, et notamment lorsque le territoire n'est pas une donnée de définition de la communauté, ces normes permettent de définir le groupe social et les principes essentiels à sa continuité dans le temps. Pour l'Etat français, le groupe social est conçu comme une « nation », ce qui se traduit en droit international privé par le succès historique du facteur de rattachement de la nationalité. Par ailleurs, les principes essentiels de l'identité française sont construits et traduits par l'exception d'ordre public international français, particulièrement sollicitée en matière personnelle et familiale.

Si le droit international privé a un rôle actif dans la définition de la communauté nationale française, dans la mesure où il a pour effet d'externaliser certaines relations de la communauté française, il ne permet que très indirectement d'assurer la protection de l'identité collective étrangère. Si ce n'est à travers une réflexion abstraite au stade de l'élaboration de la règle de conflit de lois, ou par l'intervention du renvoi, cependant plus directement motivé par l'objectif de l'harmonie internationale des solutions, la consultation des règles de conflit internes étrangères ou l'intervention de l'autonomie ne sont pas en mesure, et n'ont par ailleurs pas pour but, de venir spécifiquement assurer la protection d'une identité étrangère. En ce qui concerne l'appréhension de normes non étatiques, on peut en déduire deux choses : d'une part, puisque la protection de l'identité collective n'est pas centrale, il n'est pas exclu que les normes non étatiques puissent se voir accorder une certaine relevance ; d'autre part, s'il faut rechercher un fondement à la relevance de ces normes, c'est sur le versant identitaire individuel qu'il devra être identifié.

---

ascendance, et surtout un état reflétant une vérité sociale » (CA Nouméa, 19 avril 2012, n°11/384 et 11/383; CA Nouméa, 23 avril 2013, n°12/82 ; CA Nouméa, 11 mars 2012, n°12/213, 12/211, 12/212 ; CA Nouméa, 15 janvier 2013, n°12/00136 ; CA Nouméa, 24 avril 2013, n°12/80, 12/81). En effet, selon la cour d'appel, « du point de vue de la coutume, l'appartenance clanique, fait entrer l'individu dans une lignée d'ancêtres [...] et lui impose le respect des mêmes interdits (tabous et appartenance totémique) ».
Le respect de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme est parfois utilisé comme fondement ultime pour obtenir la modification du statut (P. GOURDON, « L'accession au statut civil coutumier kanak », *D.* 2011, p. 2904). V. aussi : P. DEUMIER, « Le contentieux préalable du changement de statut », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, 2016, p. 21, spéc. p. 34.

271. Conclusion du chapitre. La matière personnelle et familiale est au cœur d'un enjeu identitaire. De l'identité individuelle, qui se comprend de manière complexe comme une interaction continue entre dimensions individuelle et collective (ou volontariste et déterministe), se distingue une identité collective, celle de la communauté d'appartenance. Les deux volets de l'identité sont situés dans un rapport de co-construction, en tension, et nécessitent l'aménagement de « *soupapes de sûreté* »[1068], pouvant éventuellement se manifester sur le plan juridico-étatique. L'identité collective étatique ne se construit pas uniquement au regard de l'identité individuelle : d'autres identités collectives, et notamment non étatiques, viennent la façonner. Tout particulièrement pour les communautés non étatiques, les rapports personnels et familiaux sont le lieu de formation et de construction d'une identité collective, qui peut être, en raison de divers facteurs (politiques, sociologiques culturels, économiques, etc.) vigoureusement défendue et revendiquée.

Le droit international privé reflète l'ambiguïté de l'identité individuelle, en retenant des solutions qui se rattachent tantôt à une approche déterministe, tantôt à une approche volontariste de l'identité. Cette dichotomie se retrouve sur un autre plan, celui du traitement des revendications non étatiques identitaires par l'Etat, et se présente alors sous la forme d'une opposition entre le modèle libéral et celui multicommunautaire. Si la question du choix de modèle est intimement liée à la définition de l'identité nationale et est traitée sur le plan interne, le droit international privé la reflète mais n'est pas soumis aux mêmes exigences : par le prisme du litige interindividuel, par l'absence de dialogue avec l'altérité, la question identitaire collective est reléguée au second plan. Le terrain de l'identité individuelle parait ainsi plus propice à penser l'accueil des normes non étatiques.

Certaines solutions ont pu être écartées au cours de l'analyse : celle de l'autonomie de la volonté au stade conflictuel comme permettant la protection de l'identité individuelle ou collective ; celle de la consultation systématique des règles de conflit internes étrangères au nom du respect de l'identité collective étrangère.

La matière familiale est le lieu de tensions entre identités individuelles et collectives, étatiques et non étatiques. Penser l'identité collective (par le biais de l'identité individuelle) permet d'attribuer une certaine relevance aux ordres normatifs non étatiques.

[1068] P. GANNAGE, tel que cité par V. HEUZE (« Les rapports entre les communautés libanaises… », *op. cit.*).

Chapitre 2 : La possible tension entre appartenance étatique et appartenance socioculturelle : l'ordre non étatique comme communauté socioculturelle

272. L'identité individuelle, comprise de manière complexe en matière personnelle et familiale, peut constituer le fondement théorique de la relevance de communautés d'appartenance non étatiques.

Cela ne signifie évidemment pas que certaines communautés non étatiques n'existeraient que dans le domaine personnel et familial. Une telle idée aurait pu émerger de l'étude du droit positif : c'est en effet bien dans le domaine familial au sens large que les textes supranationaux pensent l'existence de conflits à la fois interterritoriaux et interpersonnels[1069]. Pourtant, les normes religieuses et ethniques ne se déploient pas uniquement dans le domaine familial, entendu au sens large, et ont également vocation à régir des échanges considérés, selon le prisme du droit français, comme relevant du droit de biens, des obligations, des délits, etc. En réalité, nous le verrons, les communautés pertinentes sont celles se concevant comme holistes : leurs normes couvrent donc, pour l'ordre juridique français, une vaste étendue de rapports se déployant au-delà du domaine personnel et familial[1070]. Il reste que leur prise en compte se justifie, au regard du respect de l'identité individuelle, spécifiquement dans ce domaine.

273. Le fondement de l'identité ne permet cependant pas, en tant que tel, de venir préciser les critères de l'ordre non étatique : toute déduction imaginable de l'identité se heurte à la complexité de ce dernier terme, déjà soulignée. L'identité est toujours plurielle, car elle est intersubjective et dépend des situations ; elle est en constante évolution, puisqu'elle dépend de contextes (normatif, culturel, politique, économique, etc.) fournissant des significations, eux-mêmes en perpétuel changement. Comme le souligne A. Mucchielli, « *[e]lle est, à un moment donné, la résultante d'un ensemble d'autoprocessus (génétiques, biologiques, affectifs, cognitifs...) et de processus (relationnels et communicationnels, historiques, culturels...) formant entre eux un système de causalités circulaires. Elle est donc toujours un construit biopsychologique et communicationnel-culturel. Elle est un des éléments d'un système complexe qui relie entre elles un ensemble d'autres identités* »[1071]. Une approche qui prendrait comme point de départ l'individu (tout comme la famille[1072]) ne saurait être satisfaisante en droit international privé : elle ne peut être compatible avec la nécessaire abstraction des méthodes conflictuelles.

Il convient donc de penser le non-étatique comme collectif, ce que permettent les méthodes de droit international privé. Cette perspective est nécessairement insatisfaisante au regard de la complexité de l'identité individuelle[1073], puisque tout cadre collectif est nécessairement réducteur ; l'identité individuelle comprend nécessairement des marges de liberté, ne serait-ce qu'en raison de la pluralité des groupes d'appartenance et des injonctions parfois difficilement compatibles de ceux-

[1069] Les règlements Rome I et II n'effectuent aucune distinction entre conflits internes territoriaux et personnels, contrairement au règlement Rome III.
[1070] V. *infra* n°337 et s.
[1071] *L'identité*, PUF, Que sais-je ?, 2021, p. 10.
[1072] A. L. ESTIN, « Unofficial Family Law », *Iowa Law Review*, vol. 94, n°2, 2009, p. 449, spéc. p. 452.
[1073] Le respect d'une identité individuelle n'a que peu de sens en droit international privé, en prise avec un litige interindividuel, supposant l'intersubjectivité ou le contexte de l'action sociale.

ci[1074]. Mais découvrir et admettre l'existence d'un cadre collectif non étatique peut apparaitre plus satisfaisant, au regard de l'objectif de protection de l'identité individuelle, que le cadre étatique. Une telle affirmation devra faire l'objet d'un examen attentif : *a priori*, la norme étatique apporte la stabilité jugée nécessaire et essentielle à l'identité individuelle en matière personnelle et familiale. Pour quelle(s) raison(s) et sous quelle(s) condition(s) retenir un lien d'appartenance à une collectivité non étatique ?

274. Une précision doit être ajoutée, afin d'éviter toute confusion : il ne s'agit pas de s'appuyer sur l'objectif de protection de l'identité collective étrangère, dont on a pu contester la pertinence en droit international privé, pour penser la communauté non étatique. Ainsi, il convient de rechercher le fondement de la relevance de l'appartenance collective non-étatique dans la dimension socioculturelle de l'ordre étranger, dans la réalité de la communauté non étatique comme contexte de l'action sociale (section 1). Les caractéristiques de la communauté socioculturelle jugées pertinentes pour le fonctionnement des méthodes de droit international privé seront dégagées (section 2).

[1074] V. *supra* n°11.

276. C'est la conjonction des termes « sociaux » et « culturel » qui seule apparait satisfaisante afin de penser la relevance des communautés non étatiques en matière personnelle et familiale. En effet, aucun des deux termes ne suffit à lui-même et la notion de culture, pour être opératoire, doit nécessairement être considérée au regard de son ancrage social (I). Une telle définition doit être mise à l'épreuve : si nombre de communautés étatiques peuvent être considérées comme socioculturelles, il est possible de dégager le besoin de penser l'existence de communautés socioculturelles non étatiques (II).

I- La découverte d'un concept opératoire de culture en droit international privé

277. La notion de culture, malgré sa réception partielle en droit international privé[1075], est, tout comme l'identité avec laquelle elle possède un lien étroit[1076], difficile à saisir. On écartera tout de même dès à présent un de ses avatars : celui de « culture juridique »[1077], soit de la spécificité de la culture en droit, ou de la pertinence sociale du droit (au sein d'une culture déterminée). En effet, la « culture juridique » suppose à ces fins et *a priori* une définition du droit et/ou le cadre d'une unité sociale ou culturelle déterminée, ce qui est précisément l'objet de cette recherche.

Si la culture est une notion floue et incapable de définir à elle-seule la communauté non étatique, elle est cependant un aspect essentiel à sa définition et vient utilement préciser la notion de « groupe d'appartenance » (A). Ancrée dans un corps social, la communauté culturelle répond aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale (B).

1075 V. *infra* n°279 et s.

1076 « *On comprend donc aujourd'hui la culture aussi bien comme un produit que comme une ressource ou un potentiel à l'origine du développement identitaire des acteurs sociaux* » (G. VINSONNEAU, « Le développement des notions de culture et d'identité : un itinéraire ambigu », *Carrefours de l'éducation*, vol. 14, n°2, 2002, p. 2, spéc. p. 13).

1077 On remarquera avec étonnement que le *Dictionnaire de la culture juridique* ne comprend pas comme entrée celle de « culture juridique ». Dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, elle est définie, dans son sens 1, comme « *l'ensemble des techniques d'exposition et d'interprétation employées par les opérateurs du droit – au niveau tant technique que théorique –, et l'ensemble des idéologies correspondant à la fonction du droit que ces techniques expriment* » (sens 1) (R. GUASTINI, E. BLANKENBURG, trad. W. M. L. Capeller, v°Culture juridique).
La notion est complexe et a connu un regain d'intérêt sous la plume de L. FRIEDMAN dans les années 1970 (« Legal culture and social development », *Law and Society* 4(1), 1969, p. 29 ; *The legal system. A social science perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975), particulièrement en sociologie du droit et en droit comparé.
Le droit est considéré comme produit et comme pratique culturels, le concept de culture juridique est à la fois identifiant et identifié. L. Friedman dégage une dimension externe de la culture juridique, faisant alors référence à un ensemble d'« *ideas, values, expectations and attitudes towards law and legal institutions, which some public or some part of public holds* » (« The concept of legal culture : A reply », *in* D. Nelken (dir.) *Comparing legal cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 34) et une dimension interne, « *one way of describing relatively stable patterns of legally oriented social behavior and attitudes* » dans une culture déterminée (D. NELKEN, « Using the concept of legal culture », *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2004 (29), p. 1, spéc. p. 1).
V. sur le sujet, récemment : D. NELKEN, « Thinking About Legal Culture », *Asian Journal of Law and Society*, 2014 (1), p. 255 ; C. M. HERRERA, « Culture juridique et politique : une introduction », *International Journal of the Semiotics of Law*, 2016 (29), p. 721.

A- La culture comme attribut du groupe d'appartenance

278. La référence à la culture en droit international privé est multiforme et les propositions doctrinales l'intégrant ne reposent pas sur un argumentaire entièrement convaincant (1). Dissociée du cadre étatique mais venant caractériser le groupe d'appartenance, la culture peut toutefois être utilement convoquée (2).

1) La notion de culture en droit international privé de la famille

279. La notion de culture n'apparait pas essentielle en droit international privé, sans pour autant lui être inconnue. Si la notion de culture irrigue la méthode bilatérale dès les origines sous la plume de Savigny (a), c'est particulièrement en matière personnelle et familiale qu'ont récemment émergé certains raisonnements se référant expressément à la notion de la culture (b).

a) La référence omniprésente à la culture chez Savigny

280. Au cœur de la pensée de Savigny, la référence à la culture en droit international privé repose sur une longue tradition. Si Savigny n'utilise dans son Traité de droit romain que rarement le terme de culture, et le cas échéant dans une perspective plutôt évolutionniste[1078], la conception du droit retenue par l'auteur est fondamentalement culturelle, telle que cette notion peut être aujourd'hui comprise (i). La méthode conflictuelle proposée par l'auteur est également empreinte de cette vision : elle est pensée au sein d'une même « communauté de droit », fondement et limite de la méthode (ii).

i) La centralité du Volksgeist *dans la conception du droit et des rapports personnels et familiaux*

281. Savigny est l'un des principaux fondateurs et représentants de l'Ecole historique du droit[1079], qui défend une conception qu'on a pu qualifier de « néo-humaniste » du droit[1080], située à l'opposé du positivisme. En effet, la source première du droit est le « génie du peuple » (ou encore « *l'âme profonde de la communauté* »[1081], le *« Volksgeist* » selon l'auteur) : « *pour cette Ecole, le droit est ancré dans la réalité sociopolitique de la vie d'un peuple et traduit tous ses mouvements tant spontanés que réfléchis. Il s'agit donc d'un droit qui reflète l'actualité phénoménologique du peuple et résume ses expériences culturelles dans le temps. Le droit, donc, au lieu de tirer ses sources de la loi formelle, se forge à partir des manifestations éthiques des individus, formant des ensembles sociaux, dans un temps réel : celui de leur histoire* »[1082].

Le droit est ainsi fondamentalement culturel, du moins lorsqu'on se fonde sur la définition de la culture donnée par N. Rouland[1083], qui tisse par ailleurs expressément un lien entre la culture et le

---

1078 V. par exemple : F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, Tome I, §14, p. 47.

1079 A.-J. ARNAUD, J. COMMAILLE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant, Bruxelles, 1998, spéc. p. 43.

1080 S. TZITZIS, « Le "Volksgeist" entre philosophie politique et philosophie du droit. Le cas de l'Ecole historique du droit », [sens public], 02/02/2007.

1081 N. ROULAND, *Aux confins du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991, spéc. p. 176.

1082 S. TZITZIS, « Le "Volksgeist" entre philosophie politique et philosophie du droit. Le cas de l'Ecole historique du droit », *[sens public]*, 02/02/2007. V. également, F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, §7, p. 14. V. aussi : E. PUTMAN, « Réflexions sur une vision historique du droit - Le "traité de droit romain actuel de Savigny" », *in* Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, *Le droit dans le souvenir, Liber amicorum Benoît Savelli*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 83.

1083 Le terme « culture » possède de nombreuses acceptions. Pour une présentation des divers sens retenus en droit : N. INTZESSILOGLOU, « Système juridique et culture : une approche sociologique globale du phénomène juridique », *in* J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 391, spéc. p. 391 et s. L'auteur cite notamment le célèbre ouvrage d'A. L. KROEBER et C. KLUCKHOHN (*Culture : a Critical*

Volksgeist[1084]. La culture est « *l'ensemble des réponses que les groupes humains apportent au problème de leur existence sociale : les représentations et les symboles par lesquels l'homme donne sens à sa vie, la langue, le droit, les cultes, les rites mais aussi les vêtements, l'habitat, les habitudes sexuelles ou l'artisanat* »[1085]. Alors que la notion de « civilisation » insiste sur l'idée de science et de progrès, la culture possède un rapport au temps plus diffus, se déployant tant vers le passé que vers le futur ; la culture est comprise comme « *ensemble de savoirs, savoir-faire, règles, stratégies, habitudes, coutumes, normes, interdits, croyances, rites, valeurs, mythes, idées, acquis, qui se perpétuent de génération en génération, se reproduit en chaque individu et entretient, par génération et re-génération, la complexité individuelle et la complexité sociale. La culture constitue ainsi un capital cognitif, technique et mythologique non inné* »[1086]. Deux caractères de la culture paraissent en outre utiles à une relecture de la pensée de Savigny : sa dimension identitaire[1087] et sa dimension relative.

282. Le droit étant compris comme l'expression d'un peuple particulier, dans la construction de l'auteur, s'inscrivant dans les conditions historiques qui lui sont contemporaines, l'Etat est entendu comme la forme moderne du *Volk*[1088], là où « *les volontés individuelles se traduisent en une volonté générale* »[1089]. L'Etat est donc avant tout un ensemble culturellement homogène sur un territoire particulier. Cette précision est importante : même si, comme le souligne N. Rouland, « *[l]a Kultur […] du 19ème siècle a […] été étroitement associée à la construction des Etats-nations européens* »[1090], la notion d'Etat retenue par l'auteur est éloignée de celle d'Etat moderne conçu sur une base contractualiste[1091]. Or, cette dernière vision, relevant du positivisme volontariste[1092], a largement

---

Review of Concepts and Definitions, Papers of the Peabody Museum of American Archeology and Ethnology (éd.), Cambridge, Tome XLVII, n°1, 1952), dénombrant environ trois cents définitions de ce terme.

[1084] *Idem*, relevant la « lecture culturelle de la loi » opérée par Savigny : L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, Condé-sur-Noireau, 1996, p. 118 et s.

[1085] N. ROULAND, *op. et loc. cit.*

On aurait aussi pu citer C. VILLA-VICENCIO pour une définition plus complexe. Selon l'auteur, « *culture is more than a light coat that rests on one's shoulders, to be discarded at will. It is more than a channel through which one has an option to express one's being. Culture is being. It is the story, memory, symbol, language, and place within which we live, move and have our being. It is religion and belief. It is life. To quote Franz Fanon, culture is* "*the action through which [a] people has created itself and keeps itself in existence*"*. Or, in the words of Raymond Williams :* "*culture is ordinary*"*. To the extent that a person is alive, responding to new challenges, ready to engage the other in dialogue, culture is dynamic. Culture is* en route *because people are* en route » (« Identity, difference and belonging : religious and cultural rights », *in* J. Jr. Witte, J. D. Van der Vyverr (éd.), *Religious human rights in global perspective - religious perspectives*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 517, spéc. p. 527).

[1086] E. MORIN, *La méthode, Tome 5. L'humanité de l'humanité : L'identité humaine*, Paris, Seuil, 2001, p. 280. Nous soulignons.

[1087] « *Le* Volksgeist *représente un* Weg*, un chemin qui évoque le passé comme histoire et culture d'un peuple ; c'est-à-dire un* Weg *qui s'ouvre à l'héritage traditionnel d'un peuple et constitue le fondement de son identité* » (S. TZITZIS, *op. cit.*, nous soulignons).

[1088] « *[T]ous les Etats ont été formés au sein du peuple, par le peuple, et pour le peuple* », F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, §10, p. 28.

[1089] J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999, spéc. p. 58, se référant à F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, §9, *p. 23*.

[1090] N. ROULAND, *Aux confins du droit*, *op. cit.*, spéc. p. 176.

[1091] « *Quant à l'idée d'Etat moderne, celui-ci va en d'autres perspectives. L'Etat est une idée abstraite. Il se réalise en une construction artificielle où le passé perd de plus en plus sa signification et l'idée de citoyen est de plus en plus mise en valeur. Le contractualisme se trouve à la base. Le culturel cède au juridique. L'Etat représente souvent une mosaïque de cultures et d'ethnies qui doivent se soumettre à une charte socio-juridique commune fabriquée en vue de garantir les valeurs construites ou reconnues par l'Etat même. Ce qui importe dans l'Etat moderne, c'est l'individu dans son présent et pour son avenir. Le passé est une idée à surmonter pour des raisons politico-idéologiques. L'Etat moderne s'oppose ici à la nation qui pourrait, par une interprétation conservatrice, donner lieu à des manifestations ségrégatives et raciales. En effet, l'Etat moderne est foncièrement légaliste, démocratique et, par-là, égalitariste. Le citoyen est reconnu avant tout comme un membre de l'espèce humaine, il est donc cosmopolite* » (S. TZITZIS, *op. cit.*, nous soulignons).

[1092] Caractérisé par les données suivantes, mises en lumière par C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER (*Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992, spéc. p. 35 et s.) :

influencé, et influence toujours, la conception du droit et le droit international privé[1093]. Si l'Etat est le cadre de référence de la pensée conflictuelle chez Savigny, ce n'est pas dans une approche positiviste volontariste mais dans une approche davantage sociologique[1094].

283. Le caractère culturel des rapports interindividuels est, dans la pensée de l'auteur, encore davantage prononcé dans le domaine familial : en effet, les rapports de famille (s'opposant aux rapports concernant les biens[1095]) ont cette particularité qu'ils ne relèvent pas uniquement du domaine du droit. Savigny insiste en effet sur le rôle premier de la nature[1096] et de la morale (auxquelles il ajoutera au Tome 8 les considérations « religieuses » et « politiques »[1097]) : « *[c]e rapport naturel est à la fois et nécessairement pour l'homme un rapport moral, et quand enfin la forme du droit vient s'y ajouter, la famille réunit trois éléments inséparables, l'élément naturel*[1098]*, moral et légal* »[1099]. Si cette vision, et notamment la conception évolutionniste de la morale retenue par l'auteur[1100], est difficilement soutenable en ces termes aujourd'hui, on retiendra, sans trahir fondamentalement la pensée de l'auteur, que les rapports personnels et familiaux sont au cœur de la culture d'un peuple donné. En effet, la morale est perçue par l'auteur comme appartenant, tout comme le droit, au *Volksgeist*, et est donc nécessairement relative. Ces considérations morales viennent jouer un rôle dans la méthode conflictuelle proposée par l'auteur : c'est particulièrement dans le domaine familial et au nom de ces considérations que des « *lois positives ayant un caractère rigoureusement obligatoire* » peuvent s'opposer à l'application de la loi étrangère (il ne s'agit cependant pas de l'unique fondement d'intervention de ces lois)[1101].

Les rapports familiaux sont ainsi, sur le double terrain juridique et moral, le domaine d'expression du *Volksgeist*. L'inscription culturelle est double et a une incidence sur le terrain du conflit de lois.

On remarquera que la morale, lorsqu'elle est aujourd'hui expressément convoquée, connait une certaine réception en matière familiale. Récemment, H. Muir Watt a très précisément souligné le

---

1. « *Le droit est défini par son origine, et non pas par son contenu. Une règle est de droit parce qu'elle est issue de la volonté, et non pas parce qu'elle est dotée d'une juridicité immanente, ou qu'elle corresponde à un critère extérieur, celui de justice ou un autre (Ius quia iussum non quia iustum) ;*
2. *Le caractère axiomatique du concept de volonté, […] auto-fondatrice.*
3. *La priorité de la volonté sur la raison dans la formation des règles de droit […].*
4. *Le lien affirmé entre le droit et le phénomène du pouvoir politique ou social […]* ».

1093 Le droit étranger est défini par sa source étatique. Un glissement peut par ailleurs être observé, par le biais de l'autonomie de la volonté, vers un volontarisme subjectif (la volonté individuelle est pensée comme génératrice de la norme juridique, et non un facteur extérieur à la volonté propre de chaque sujet de droit).

1094 *« Ce qui est véritablement en jeu dans cette approche, c'est la dialectique entre l'individu et la société dans la genèse et le fonctionnement des ordres normatifs : sont-ils plutôt les fruits de décisions volontaires et conscientes, ou au contraire, issus d'une interaction constante d'une multitude de facteurs sociaux dont il est difficile, voire impossible, d'individualiser les auteurs concrets ?* » (C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *op. cit.*, spéc. p. 45).

1095 Sur l'opposition fondamentale entre ces rapports dans la pensée de l'auteur, v. *supra* n°219 et s.

1096 F. K. von SAVIGNY, *op. cit.*, §53, p. 333.

1097 *Ibid.*, Tome 8, §379, p. 320 (à propos du mariage).

1098 Que l'auteur comprend comme « *l'amour physique* » (*ibid.*, Tome I, §54, p. 337), intégrant le mariage (§54, note de bas de page (a), p. 336).

1099 *Ibid.*, Tome I, §54, p. 336. V. également : §53, p. 334.

1100 « *La monogamie, par exemple, est de droit positif, tandis que le mariage, quelle que soit d'ailleurs sa forme, nous apparait comme une nécessité de notre nature. Mais il ne faut pas croire que l'adoption de la monogamie ou de la polygamie soit déterminée par des circonstances accidentelles ; la polygamie répond à un développement moins avancé de la morale* » (*ibid.*, Tome I, §54, note de bas de page (a), p. 336 ; nous soulignons).

1101 *Ibid.*, Tome 8, §349, p. 38 (sur les lois ayant un caractère rigoureusement obligatoire, qu'elles soient morales ou d'intérêt général ; l'auteur prend pour exemple la polygamie).

dilemme moral que soulève le traitement de la GPA en droit international privé, en allant jusqu'à emprunter le vocabulaire du religieux : « *[s]i on raisonne en termes de fraude, traditionnellement, cette sanction était l'inopposabilité par le fraudeur du résultat obtenu par ruse : une sanction parfaitement économique car taillée à la mesure exacte de l'acte frauduleux. Si le cas de la gestation pour autrui s'est avéré difficile à cet égard, c'est que la morale est prise ici dans une contradiction radicale. Le résultat obtenu à l'étranger par les parents d'intention en dépit de l'interdit qui leur est applicable au regard du droit français est un acte d'état civil établi à l'étranger et constatant le lien de filiation de l'enfant à leur égard. Cependant, l'inopposabilité de l'acte revient à "punir les enfants pour les péchés des parents*" »[1102].

La centralité du *Volksgeist* dans la conception du droit et des rapports personnels et familiaux a en outre une incidence sur la méthode conflictuelle proposée par Savigny.

ii) La communauté de culture comme prémisse et limite de la méthode conflictuelle

284. Comme l'ont observé de nombreux auteurs, la communauté de droit est une notion ambigüe[1103]. On retiendra qu'elle est majoritairement interprétée comme « *la communauté culturelle qui unit les différents peuples européens* »[1104], « *construite autour de l'héritage du droit romain et cimentée par le christianisme* »[1105]. Ce n'est pas un hasard si le défaut de communauté de droit, prémisse de la méthode savignienne, est aujourd'hui souvent décrit en doctrine en termes de « *conflit de cultures* »[1106] ou de « *civilisations* »[1107].

Savigny conçoit, selon l'interprétation de son œuvre majoritairement retenue, sa méthode au sein de la communauté de droit (et dans le but d'y parvenir[1108]) ; le droit international privé a pour rôle de régir les conflits s'élevant au sein de cette communauté.

Il s'agit en effet, pour l'auteur, de bâtir un modèle de résolution commun à ces Etats, basé sur une compréhension commune de la « nature » des institutions juridiques[1109]. D. Boden va ainsi jusqu'à affirmer que le savignisme « *postule leur identité foncière [des différents droits], alors que le droit international privé postule leur différence. Un droit international privé savignien est donc une contradiction dans les termes* »[1110].

285. L'absence de communauté de droit est ainsi la limite à l'application de la méthode. Il reste que l'« extension » de la méthode à l'ensemble des Etats a en quelque sorte remplacé les frontières

---

1102 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°131, p. 151.
1103 L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2013, vol. 357, p. 231, spéc. n°96 et s. p. 310 et s. ; P. GOTHOT, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », M.-N. Jobard-Bachellier *et al.*, *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 343, spéc. p. 349.
1104 L. GANNAGE, *op. cit.*, n°103, p. 315.
1105 *Ibid.*, n°2, p. 236.
1106 *Ibid.*
1107 J. DEPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations », *op. cit.*, spéc. n°5, p. 36.
1108 La communauté de droit est « *à la fois une origine, un présent, un horizon* » (P. GOTHOT, *op. cit.*, spéc. p. 349). Comme le souligne A. BUCHER, « *[l]'émergence des nations a marqué le XIX^e^ siècle. Elle a abouti à consacrer la nation en tant que fondement des systèmes de droit. Les codifications nationales de l'époque, se situant entre le Code civil français de 1804 et le Code civil allemand de 1896, ont constitué l'expression normative et perfectionnée de cette conception. Ainsi, le système des règles de conflit de lois, tel que Friedrich Carl von Savigny l'avait conçu et fondé sur une « communauté de droit entre Etats indépendants », n'a jamais pu devenir réalité face à l'emprise des Etats nationaux* » (« La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, 2000, p. 9, n°8, p. 24).
1109 H. MUIR WATT, « Private international law beyond the schism », *Transnational Legal Theory,* 2011, vol. 2, n°3, p. 347, spéc. p. 414 et s.
1110 D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, préf. H. Muir Watt, 2002, n°445, p. 570.

culturelles par des frontières politiques ; « *les frontières des communautés politiques ont été redéfinies pour exclure l'autorité normative intra-étatique et trans-étatique du champ d'application du conflit des lois. Cette exclusion a engendré une tension manifeste dans les cas impliquant des communautés religieuses multiples, des entités étatiques non reconnues ou des revendications émanant de peuples autochtones. Ceci s'explique tout particulièrement par le fait que cette méthodologie était conçue pour s'appliquer "universellement" aux cas impliquant des normes légales au-delà du cadre culturel, notamment dans le contexte des rencontres coloniales et post-coloniales avec des éléments exotiques. Globalement, bien que des exceptions aient été conçues, ce modèle basé sur l'Etat est demeuré intact jusqu'à nos jours* »[1111]. L'Etat ayant connu, en tant que modèle politique, un succès indéniable, les divergences des valeurs véhiculées par les normes en conflit peuvent parfois être particulièrement marquées, menant à des difficultés d'application des méthodes conflictuelles[1112], voire à la mise en lumière de leurs limites[1113]. Là encore, le référent culturel est invoqué : les lois en conflit appartiendraient à des « *aires culturelles* »[1114] différentes et appelleraient des adaptations de la méthode ou un abandon de celle-ci au profit de procédés matériels[1115].

Si la conception savignienne de la culture, confrontée au positivisme volontariste, trouve en droit positif un terrain d'expression réduit, une série de propositions doctrinales venant intégrer directement le référent culturel a relativement récemment vu le jour.

b) Les propositions doctrinales de prise en compte de la culture

286. C'est à la fin des années 1980 que la question des conflits de culture a particulièrement été mise en avant par la doctrine de droit international privé[1116] ; elle irait jusqu'à caractériser le droit international privé de cette époque[1117]. Toutefois, force est de constater que l'intérêt pour la question n'a pas décru[1118].

Les propositions effectuées en doctrine peuvent être systématisées en fonction du fondement, individuel ou collectif, sur lequel est pensée l'intervention de la dimension culturelle. Tout comme l'identité, la culture peut être abordée selon ces deux angles, car elle est d'une part « *nécessaire à la construction de l'individu […] [lui conférant] sa pleine humanité, ce qui lui permet de communiquer avec les autres* » et d'autre part « *indispensable à la collectivité, en ce qu'elle constitue un instrument de cohésion sociale qui est parfois nécessaire à la survie, voire à l'existence du groupe lui-même, quelle que soit par ailleurs la dimension de celui-*

1111 H. MUIR WATT, *op. cit.*, spéc. p. 408 (traduction libre).

1112 Notamment lorsque plusieurs questions de droit sont dégagées et des lois appartenant à différents ordres juridiques désignées : les difficultés sont résolues par l'intervention de mécanismes de substitution ou d'adaptation.

1113 Dès lors que l'Autre connait des normes véhiculant des valeurs très différentes de celles du for, le mécanisme de l'ordre public risque de devenir la règle et non l'exception. Comme le souligne L. GANNAGE, « *l'existence même de cette communauté a pour conséquence d'associer durablement la poursuite de la justice conflictuelle à la réalisation d'une justice matérielle acceptable par le for* » (« Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI* 2013, vol. 357, p. 235, spéc. n°109, p. 320). Or l'intervention de celui-ci signifie la remise en cause absolue de l'ouverture à l'altérité. A propos des systèmes de droit musulman, L. GANNAGE propose ainsi de « *faire appel à des procédés de réglementation qui associent étroitement l'objectif de coordination des ordres juridiques à des considérations de justice substantielle qui soient acceptables tant dans les systèmes musulmans que dans les systèmes européens. Le défaut de communauté juridique serait alors compensé par la réinjection de la justice matérielle au cœur même des procédés de réglementation* » (*ibid.*, spéc. n°233, p 405).

1114 J. DEPREZ, *op. cit.*, spéc. p. 36 ; p. 315.

1115 V. la proposition de L. GANNAGE (*op. cit.*), *infra* n°441.

1116 V. les cours de J. DEPREZ (*op. cit.*), E. JAYME (« Identité culturelle et intégration. Le droit international privé post-moderne » *RCADI*, vol. 251, 1995, p. 52) et H. GAUDEMET-TALLON (« La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991, p. 179).

1117 E. JAYME, *op. cit.*, spéc. p. 52.

1118 V. par exemple : Y. NISHITANI, « Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille », *RCADI*, vol. 401, 2019, p. 135.

ci »[1119]. Seront ainsi envisagées les propositions d'intégrer la culture par le biais de l'identité de la personne (i), avant celles relatives à la culture du groupe (ii). Ces deux options se heurtent à la difficile appréhension juridique de la notion de culture en tant que telle.

i) Le versant individuel : le rejet de l'idée d'une identité culturelle de la personne

287. La culture peut être traitée sur le volet individuel. L'idée, développée par E. Jayme, est celle du respect de l'identité culturelle de la personne, considéré comme un droit fondamental et dont le fondement le moins critiquable serait le droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[1120]. L'identité culturelle ne se limiterait pas aux convictions (religieuses[1121], morales, philosophiques, etc.) mais embrasserait également le droit en tant que phénomène culturel. Le droit au respect de l'identité culturelle serait alors compris comme l'exigence d'être jugé selon le droit avec lequel l'individu entretient culturellement les liens les plus étroits[1122]. Ce respect de l'identité culturelle de la personne se traduirait, sur le plan de l'élément de rattachement et en matière familiale, par le maintien du critère de la nationalité en tant que « rattachement culturel »[1123]. La Nation est en effet considérée comme la communauté d'appartenance d'origine[1124] pertinente (et non l'Etat), l'auteur se référant expressément sur ce point aux thèses de Mancini[1125].

288. Hormis la difficulté de trouver un fondement au droit au respect de l'identité culturelle, deux objections peuvent être soulevées.

D'une part, il semble difficile de soutenir que le respect de l'identité culturelle de la personne mène à la désignation d'un droit unique, avec lequel celle-ci entretient les liens les plus étroits. Une telle conception est trop réductrice de l'identité culturelle : celle-ci ne devrait-elle pas davantage être comprise comme plurielle (droit de l'Etat d'origine, du premier Etat de résidence, du deuxième,

---

1119 Sur une présentation de ces deux dimensions : L. GANNAGE, *op. cit.*, n°15 et s., p. 245 et s.

1120 E. JAYME, « *Identité culturelle* », *op. cit.*, spéc. p. 171. Un droit à la vie en caravane des Sintis et des Roms a pu être reconnu sur ce fondement : Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n°27 238/95 ; Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, nº 66746/01.
On peut cependant douter de son bien-fondé à titre général. Comme le souligne J. DEPREZ, « *on ne saurait poser sur un plan général l'obligation pour les Etats d'appliquer la loi d'origine des personnes, ce qui reviendrait à interdire aux législateurs d'édicter des règles de conflit fondées sur des critères de domicile ou de résidence et aux jurisprudences d'apporter des restrictions aux lois nationales* » (« Droit international privé et conflit de civilisations », *op. cit.*, spéc. n°93, p. 198).
Deux autres fondements sont envisageables, mais sont l'objet d'instruments non contraignants et/ou limités à un domaine donné : la diversité culturelle (Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001, la Convention de l'UNESCO sur la diversité des expressions culturelles de 2005, art. 22 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, associée à la Convention de La Haye sur l'adoption internationale de 1993.

1121 V. sur le sujet le dossier « Convictions religieuses et ajustement de la norme », *Revue du droit des religions*, n°7, mai 2019.

1122 E. JAYME, « *Identité culturelle* », *op.cit.*, spéc. p. 171 et s.

1123 *Ibid.*, p. 171, p. 252 et s. ; V. chez D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité (Etude de droit des personnes et de la famille), op. cit.*, spéc. n°447 et s., p. 375 et s.

1124 *Idem* : M.-N. CAPOGNA, « Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports ? », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 911, spéc. p. 913 : « *L'identité culturelle de la personne, c'est d'où elle vient – c'est le chemin qui l'a conduit jusqu'à elle. Du reste, c'est à la fois la direction prise par ce chemin au fil des temps, et les significations données à ce chemin au regard des sentiments et des idées représentatifs d'une histoire intellectuelle et esthétique* ».

1125 E. JAYME, *op. cit.*, spéc. p. 170 ; p. 179.

etc.), ou mixte ? Comme le souligne M.-C. Foblets, *« nous sommes tous des* "*hybrides culturels*" »[1126]. Par ailleurs, si la tâche du droit international privé peut être comprise comme la détermination du droit le plus « proche », rare est l'hypothèse où seul un individu est concerné (ce n'est pas un hasard si l'auteur choisit comme illustration la *kafala*[1127], où les intérêts d'un seul individu, l'enfant, sont jugés prépondérants) : que faire lorsque différents individus et différentes cultures sont concernés ?

D'autre part, le lien entre nationalité et identité culturelle apparait critiquable. Pour quelle raison considérer que la nationalité est le rattachement indiqué pour respecter l'identité culturelle individuelle ? On pourrait en effet très bien concevoir que l'individu se sente davantage proche de la culture d'un autre Etat que celui de sa nationalité[1128] ; ou encore, que celle-ci ne soit pas étatique, mais renvoie à d'autres groupes, régionaux (*quid* des Flamands, Alsaciens, Occitans, Corses, Catalans, Basques et Bretons, pour ne citer que les « minorités nationales » ?[1129]), ou religieux, ethniques, politiques (*quid* des Kurdes, Palestiniens ?). Certes, E. Jayme se réfère à la Nation, et non à l'Etat, ouvrant *a priori* les méthodes conflictuelles aux collectivités non étatiques[1130]. Cependant, le cas de la Nation « sans Etat » n'est pas envisagé de manière générale par l'auteur[1131], qui prévoit notamment, pour le cas particulier du groupe ethnique ou religieux non reconnu, l'application de la *Zweistufentheorie* (théorie des deux marches)[1132], que nous avons eu l'occasion de rejeter[1133].

289. Comme alternative au rattachement de la nationalité, il a pu être proposé de faire intervenir le principe d'autonomie, ou option de législation[1134]. L'avantage d'un tel rattachement est évidemment son caractère concret[1135] et potentiellement évolutif. Nous l'avons vu cependant : l'autonomie n'est pas une solution satisfaisante au stade conflictuel[1136].

1126 M.-C. FOBLETS, « La gestion de l'appartenance par le droit dans un contexte de société plurielle. Étude à partir de la jurisprudence belge (1970-2001) », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, p. 97, spéc. p. 108.

1127 Pour la même remarque, v. P. MANKOWSKI, « Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht », *IPRax* 2004, p. 282, spéc. p. 288, se référant entre autres à : E. JAYME, *IPRax* 2000, p. 165, spéc. p. 168 ; *RabelsZ* 2003 (67), p. 211, spéc. p. 217 et s. Au sujet de la *kafala* : « *[o]n sait qu'il s'agit de l'engagement d'une personne, le* kafil*, à prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, le* makfoul*, comme le ferait un père pour son fils* » (L. GANNAGE, *op. cit.*, n°289, p. 446). V. *infra* n°421.

1128 *Ibid.*, spéc. p. 285.

1129 V. Y. PLASSERAUD, v°Droit des minorités, *in Encyclopædia Universalis* (https://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-des-minorites, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

1130 V. *supra* n°287.

1131 Mais n'est nullement ignorée par celui-ci. L'auteur mentionne par exemple la décision de la Commission européenne des droits de l'homme, *G. et E. c. la Norvège* du 3 octobre 1983, « *portant sur une demande de Lapons qui soutenaient que l'Etat norvégien, en expropriant certaines de leurs terres, avait violé leur droit à l'identité. La Commission rejeta cette demande tout en constatant, pourtant, qu'un « groupe minoritaire est théoriquement fondé à revendiquer le droit au respect de son mode de vie propre, puisqu'il s'agit de « vie privée, de « vie familiale », ou de « domicile »* » (n°11701/85 ; E. JAYME, *op. cit.*, spéc. p. 171 ; v. aussi p. 173).

1132 « *A mon avis, le droit international postmoderne offre la clef pour vaincre ce défaut par la théorie des deux phases. Si la règle des conflits conduit à la loi d'un Etat, le juge peut tenir compte dans le cadre de cette loi des normes d'un groupe ethnique ou religieux sur lesquelles les parties ont basé leurs actes juridiques ou leur comportement, si une telle prise en considération correspond à l'attente légitime des parties* » (E. JAYME, *op. cit.*, spéc. p. 263).

1133 V. *supra* n°137.

1134 J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992 ; P. *GANNAGE*, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *RCDIP*, 1992, p. 425, spéc. p. 447 et s. ; E. JAYME, *op. cit.*, p. 147 et s. ; D. GUTMANN, *op. cit.* (v. *supra* n°223 et s.) ; C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, p. 292.

1135 V. *supra* n°224 *in fine.*

1136 V. *supra* n°225 et s.

Le concept d'identité culturelle individuelle est nécessairement une impasse en droit international privé au stade conflictuel : elle appelle une appréciation *in concreto*, variant en fonction des contextes. Plus satisfaisant est son traitement en tant que donnée de fait, intervenant au stade matériel. C'est ainsi qu'en matière de droit des personnes et de la famille, la référence culturelle est parfois présente dans les litiges relatifs aux conséquences substantielles d'une séparation conjugale, lorsque chaque parent est de culture différente : par les modalités de délégation de l'autorité parentale, la détermination du lieu de résidence ou encore de l'aménagement des modalités de droit de visite ou d'hébergement accordé à l'un des parents, la jurisprudence tente de préserver les deux identités culturelles[1137].

On relèvera que penser l'identité culturelle sur le fondement de l'intérêt de la personne, fondement lui-même relativement opaque, est nécessairement entachée de subjectivité et d'incertitude, laissant la place à une hiérarchisation des cultures condamnable lors de la résolution du litige[1138].

S'il fallait encore convaincre, on pourrait citer le cas des fausses représentations normatives individuelles : n'appartiennent-elles pas à l'identité culturelle de l'individu ? Une réponse positive serait impossible à intégrer sur le plan conflictuel, au risque de renier l'objet même des méthodes de droit international privé.

ii) Le versant collectif : le respect des cultures étrangères comme nouvel objectif du droit international privé de la famille

290. La prise en compte de la dimension culturelle a pu être proposée au niveau collectif, celui du groupe d'appartenance culturelle. Une telle approche se fonde sur un parallèle effectué en doctrine avec le droit international public, réputé plus attentif aux identités culturelles collectives[1139].

291. On relèvera tout d'abord que le respect des identités culturelles a pu être promu comme objectif du droit international privé « spécialement dans le domaine du droit de la famille ». La résolution de l'Institut de droit international de 2006 à ce sujet[1140], exemple *a priori* le plus évident d'une approche collective de la culture, n'opère cependant pas réellement de distinction entre identités culturelles individuelle et collective : s'il est question de « lois émanant de cultures juridiques différentes » et que la première résolution se prononce en défaveur du rattachement religieux[1141] (dimension collective), les considérants 5 et suivants opèrent une bascule, facilitée par la référence non spécifiée au concept d' « identité culturelle », vers la dimension individuelle[1142]. En réalité, cette dernière vient limiter toute tentative de dépasser le paradigme étatique (il n'est d'ailleurs aucunement fait référence à un « droit » non étatique, mais à des « cultures juridiques » ou

---

1137 M.-N. CAPOGNA, *op. cit.*, spéc. p. 929 et s. L'auteure le souligne : parfois, une seule des deux cultures est prise en compte, au nom de l'intérêt de l'enfant.

1138 Pour une idée proche : *ibid.*, p. 930.

1139 On remarquera que telle était déjà *supra* la vision de G. TEUBNER, jugeant le droit international privé non adapté à la poursuite de l'objectif de protection de communautés traditionnelles (n°79). Pour un aperçu de la prise en compte du religieux dans la pratique des institutions internationales, v. H. ARSHEIM, « Legalities Unbound ? », *Journal of Law, Religion and State*, 2019 (7), p. 57.

1140 V. la résolution de l'Institut de droit international rapportée par P. LAGARDE, « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille », *Annuaire de l'Institut de droit international*, session de Cracovie, vol. 71-II, Paris, Pedone, 2006, p. 290 et s.

1141 « 1. Les Etats doivent éviter d'utiliser la religion comme critère de rattachement pour déterminer le droit applicable au statut personnel des étrangers. Ils devraient aménager pour ceux-ci une faculté d'option entre leur loi nationale et la loi de leur domicile dans le cas où l'Etat national est différent de l'Etat où est situé le domicile ».

1142 Par exemple : « Considérant que le droit de toute personne à la liberté de religion, de pensée et d'opinion inclut le droit de ne pas avoir de religion et celui d'en changer ».

« doctrines religieuses ») et appelle principalement, selon l'Institut, des précisions quant à l'intervention de l'exception d'ordre public international.

La résolution se fonde sur le « droit international » pour prendre indirectement en compte les normes non étatiques (en réalité : religieuses) par le biais du « respect des identités culturelles »[1143]. Un tel fondement peut-il être pertinent en droit international privé ? La réponse à cette question nécessite un examen quelque plus précis du droit international public.

292. C'est sur le terrain du traitement des revendications des minorités en droit international que la notion de culture semble avoir eu le plus de succès. La culture est utilisée comme fondement de la protection du droit international : les minorités protégées sont les minorités « culturelles », soit ethniques, linguistiques et religieuses[1144]. Le terme « culturel » vient toutefois masquer et passer sous silence l'autonomie « politique » de minorités ayant des revendications territoriales, venant directement concurrencer les Etats[1145]. Ainsi, si les groupes autochtones[1146] font valoir un droit à l'autonomie gouvernementale et au contrôle de leur terre[1147], « *les institutions internationales, l'ONU en particulier, par le biais de certains de ses experts, interprètent le droit de libre détermination des peuples comme un droit à l'autonomie administrative locale ou régionale* »[1148]. Si « autonomie » il y a, celle-ci est considérée comme « interne », ce qui relève de l'antinomie. Les instruments relatifs à une véritable autonomie, juridique, restent quasi-inexistants, ou déclaratoires[1149].

293. La notion de culture permet alors d'aborder la question du « particularisme » (il n'est plus question d'autonomie) des groupes non étatiques au sein de la collectivité étatique[1150]. Comme le souligne G. Navarro-Ugé, « *[l]es droits revendiqués doivent permettre l'intégration des minorités et de leurs*

1143 « Considérant que le respect des identités culturelles est devenu un objectif du droit international qui doit trouver à s'appliquer en droit international privé » (nous soulignons).

1144 J. DE LUCAS, « Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 33, 1994/2, p. 1, spéc. p. 1.

1145 V. *supra* n°160 et s.

1146 Groupes qui « se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale » (article 1 [3] de la Convention n°169 de l'OIT. V. aussi : K. KUPRECHT, v°Peuple autochtone, *in* M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.) *Dictionnaire des biens communs,* PUF, « Quadrige », 2ème éd., 2021, trad. D. Tort, p. 4191, spéc. p. 4194).

1147 V. le Projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 1993, rédigé par le Groupe de travail sur les peuples autochtones et adopté en 1994 par la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et la protection des minorités. Le projet contient à la fois des droits individuels et des droits collectifs. Pour la Nouvelle-Calédonie, v. la déclaration du 23 août 2002 intitulée « Droit sur l'espace et le patrimoine naturel et culturel de Kanaky » affirmant la possession kanak des sols et des sous-sols et « *formalis[ant] dans le même mouvement la nécessité de la reconnaissance d'une souveraineté interne au peuple kanak* » (C. DEMMER, « Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements », *Rapport de recherche de la Mission de recherche Droit & Justice*, 2017, spéc. p. 43 et s.).

1148 G. NAVARRO-UGE, *L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source de droit*, Paris 1, *n.p.*, 2021, spéc. p. 408 (nous soulignons). L'auteure se réfère à I. SCHULTE-TENSKHOFF, « Minorités en droit international », *in* A. Fenet, G. Koubi, I. Schulte-Tenskhoff, *Le droit et les minorités*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 17, spéc. p. 67.

1149 V. la Convention onusienne relative aux peuples indigènes et tribaux (1989), *la* déclaration onusienne des droits des minorités (1992) et *la* Convention cadre européenne pour *la* protection des minorités nationales (1995) ou plus récemment la Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones (2007). Sur cette dernière : L. LERICHE, *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international*, Paris, Pedone, 2020. V. également : V. PARISOT, « L'autochtonie, reflet d'une identité spécifique ? Les enjeux d'une nouvelle catégorie juridique », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 219, spéc. p. 242 et s.

1150 V. aussi : V. PARISOT, « L'autochtonie, reflet d'une identité spécifique ? Les enjeux d'une nouvelle catégorie juridique », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 219, spéc. n°16 et s., p. 234 et s.

membres à la vie démocratique nationale »[1151]. Il ne s'agit en aucun cas de dépasser le paradigme étatique mais, pour l'Etat, de garantir une expression publique à la culture (langue, religion, etc.) de ces minorités particulières. La protection peut, théoriquement, être mise en œuvre par la consécration de droits individuels[1152], mais aussi collectifs (droit de pratiquer sa langue, sa religion, ses traditions, d'afficher l'appartenance culturelle). Or, force est de constater que le droit international ne consacre pas de droits collectifs, qu'ils soient relatifs à une identité culturelle ou à la terre. Certes, « tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture »[1153], mais les droits des minorités elles-mêmes, qualifiés par W. Kymlicka de « *droits polyethniques* »[1154], ne sont pas expressément reconnus[1155], même dans la perspective d'intégration défendue par ce dernier auteur[1156].

Ainsi, si le droit international public fait référence à la culture comme fondement d'une protection particulière du droit international, il ne consacre pas de droits collectifs sur ce fondement.

294. On pourrait légitimement argumenter qu'en droit international privé, cette solution ne s'impose pas nécessairement : les considérations de droit public, les intérêts étatiques, ne sont en effet pas premiers en la matière[1157]. Comme le souligne J. de Lucas, « *les difficultés concernant la définition juridique des minorités ont été politiquement utilisées par les États pour empêcher la mise en pratique d'un système*

1151 G. NAVARRO-UGE, *op. cit.*, spéc. p. 412.

1152 V. le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté à New York le 16 décembre 1966, dans son article 27 : « dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue » (nous soulignons).

1153 Art. 1 de la Déclaration des principes de coopération culturelle internationale : « Toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées » ; « Tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture » ; « Toutes les cultures font partie du patrimoine de l'Humanité ».

1154 V. déjà *supra* n°261. Pour les propositions récentes de création d'une catégorie de « droits bioculturels » (C. W. Chen, M. Gilmore ; S. K. Bavikatte), v. P. BRUNET, « Les droits bioculturels, fondement d'une relation responsable des humains envers la Nature ? », *in* C. Vial, J.-M. Marguénaud (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?*, Mare et Martin, 2021, p. 125. Selon Bavikatte, tel que présenté par P. Brunet, ces droits, collectifs, « *ne sont pas reconnus aux peuples autochtones ou aux communautés locales en tant que groupes culturels mais en tant que ces groupes sont animés d'une éthique elle-même spécifique, une éthique de 'stewardship'* » (p. 132).

1155 A titre d'exemple, on peut citer la décision *Molla Sali c. Grèce* de la Cour européenne des droits de l'homme (H. FULCHIRON, « De l'application de la charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier. Brèves observations au lendemain de l'arrêt *Molla Sali c/ Grèce* de la CEDH », *Recueil Dalloz*, 2019, p. 316 ; T. GEORGOPOULOS, « La charia en droit européen et la protection des minorités - L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 décembre 2018, *Molla Sali c/Grèce* », *RFDA*, 2020, p. 485).
Dans cette décision, la Cour souligne que « refuser aux membres d'une minorité religieuse le droit d'opter volontairement pour le droit commun et d'en jouir, non seulement aboutit à un traitement discriminatoire, mais constitue également une atteinte à un droit d'importance capitale dans le domaine de la protection des minorités, à savoir le droit de libre identification », le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité devant être libre et « respecté tant par les autres membres de la minorité que par l'État lui-même » (§ 157). La Cour n'opère nullement au sein du principe de proportionnalité une confrontation entre les droits de la minorité (en l'espèce musulmane de Grèce), faute d'atteinte précise, et le droit individuel de libre identification. Comme le montre de manière convaincante T. Georgopoulos, « *la liberté d'adhérer à un groupe minoritaire précède la protection dans la jouissance des droits minoritaires* ». Cette solution semble inhérente à toute société libérale.

1156 V. déjà *supra* n°261. Les droits polyethniques ont pour « *but de permettre aux groupes ethniques et aux minorités religieuses d'exprimer leurs particularités et leur fierté culturelle sans que cela ne diminue leur chance de succès au sein des institutions économiques et politiques de la société* » (W. KYMLICKA, *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, trad. P. Savidan, Paris, La Découverte, 2001, spéc. p. 52). Selon l'auteur, ces droits « *ont pour but de favoriser l'intégration dans la société et non la séparation* » (*ibidem*).

1157 V. à ce sujet l'importance de ne pas considérer le statut administratif de l'individu en droit international privé (réfugié…), *infra* n°296.

de protection des minorités. C'est dire que l'absence de volonté politique est la vraie raison du problème »[1158]. Or, en droit international privé, il n'est pas question de reconnaitre un droit à l'autodétermination d'un groupe non étatique différant du reste de la population étatique, ni même une autonomie administrative interne. Le rempart de l'extranéité et le prisme du litige interindividuel de droit privé (selon les conceptions du for) viennent relativiser la portée de la reconnaissance[1159] de « l'Autre » en tant que collectivité, juridique comme symbolique[1160].

Par ailleurs, la reconnaissance d'une collectivité culturelle ne heurte pas frontalement la logique de la matière : alors que le droit international public est en grande partie construit sur l'universalisme des droits de l'homme, qui est nécessairement fortement remis en question lorsqu'on réfléchit à l'existence de droits collectifs[1161], le droit international privé prend précisément comme point de départ l'appartenance collective. Si le jeu des droits fondamentaux vient « *perturber* »[1162] la matière, ce n'est pas à titre principal qu'ils sont pris en compte[1163]. Il pourrait alors être plus facile de concevoir la collectivité culturelle et les normes de celle-ci comme « lois applicables » au sens des méthodes conflictuelles.

Une telle vision, nous l'avons déjà montré, n'est pas celle du droit positif. Tout au plus s'interroge-t-on en doctrine sur la possibilité, sur le fondement de la proximité du règlement Rome III, de désigner une communauté infra-étatique. La proximité ne serait alors pas « géographique », mais « culturelle »[1164].

295. La possibilité de désigner en droit international privé une communauté culturelle non étatique pourrait toutefois se fonder sur l'idée que le choix du rattachement de la nationalité, rattachement historique en matière familiale et personnelle, est l'expression non pas d'un lien de

---

1158 J. DE LUCAS, *op. cit.*, spéc. p. 2.

1159 Le droit international privé permettrait, tant dans la pensée commune que dans les réflexions les plus poussées, de « reconnaitre » l'altérité. Certains auteurs assimilent expressément l'application de la norme étrangère à la reconnaissance de l'auteur de celle-ci. V. ainsi : D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité…, op. cit.*, n°522, p. 430 : « *Aussi peut-on considérer que la théorie de Santi Romano a moins pour effet de placer droit étatique et "droit" non-étatique sur un plan d'égalité véritable, que de créer un espace de reconnaissance symbolique pour l'ordre non étatique* » (nous soulignons). Cette assimilation apparait par ailleurs en filigrane de nombreux écrits portant sur le non-étatique. Il est très fréquemment évoqué en doctrine qu'appliquer une norme non étatique reviendrait à reconnaitre un pouvoir normatif à une autorité étrangère. Ainsi, il est parfois considéré que les normes non étatiques ne peuvent faire l'objet d'un traitement par les méthodes de droit international privé car cela impliquerait une reconnaissance de l'altérité non étatique. A titre d'exemple, C. LEGENDRE relève que le droit international privé ne permet pas de penser les relations entre l'ordre juridique français et le mouvement sportif international, puisque le premier « *se refuse à considérer le système sportif comme un système concurrent* » (*La coordination du mouvement sportif international…, op. cit.*, spéc. n°101, p. 93).

1160 Ce qui ne signifie toutefois pas, *a contrario,* que celle-ci n'existe pas.

1161 Selon P. BRUNET, « *[u]ne deuxième raison de s'intéresser aux peuples autochtones est de tout simplement reconnaître qu'il est aussi temps de renverser la perspective : après avoir longtemps pensé qu'ils finiraient bien par adopter le mode de vie occidental et ses catégories, le droit – et notamment le droit international – a fini par admettre que le problème était peut-être mal posé. Leur reconnaissance en tant que sujets de droit conduit à repenser une frontière, non pas exactement celle entre humains et non humains mais celle entre les humains pensés comme individus et les humains pensés comme appartenant à un groupe. Ce qui, pour le dire un peu brutalement, oblige aussi à s'interroger sur la pertinence d'un universalisme des droits de l'homme qui à certains égards tend à nier des modes de pensée autant que des modes de vie* » (*op. cit.*, spéc. p. 126).

1162 Le terme est emprunté à R. LEGENDRE (*Droits fondamentaux et droit international privé*, préf. L. Gannagé, Dalloz, 2020).

1163 V. l'intervention des droits fondamentaux au stade de l'ordre public international ou au sein de la méthode de reconnaissance des situations, *infra* n°594 et s. V. sur le sujet : R. LEGENDRE, *ibid.*

1164 V. PARISOT, « Commentaire de l'article 15 », *in* S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce – European divorce law,* LexisNexis, 2013, p. 647, spéc. p. 659.

sujétion de l'individu envers l'Etat, mais de la dimension culturelle de l'Etat (-Nation)[1165]. La nation est alors entendue au sens d'une « *communauté humaine élargie regroupant des individus partageant, le plus souvent une histoire, une langue, des institutions et un territoire* »[1166]. En droit international privé de la famille, le rattachement de la nationalité exprimerait le choix en faveur d'une communauté culturelle d'origine, d'un ensemble de valeurs ayant marqué l'individu dès son plus jeune âge et fondant une appartenance (et un sentiment d'appartenance) à une communauté spécifique[1167].

Une telle vision permettrait de retenir l'existence de collectivités culturelles d'origine non étatique. Avec E. Jayme, on pourrait en effet considérer que « *quand on évoque la communauté envers laquelle les personnes expriment leurs sentiments de loyauté, nous constatons que ce n'est plus seulement l'Etat qui importe mais plutôt la nation comme entité culturelle, qui, fréquemment, aspire à être reconnue comme Etat, ou le groupe ethnique ou religieux auxquels les personnes appartiennent* »[1168].

296. Trois éléments, d'importances diverses, viennent cependant fortement nuancer cette idée.

Premièrement, il a pu être argumenté que, historiquement, le rattachement de la nationalité n'est aucunement lié à la préservation d'une identité culturelle mais au maintien par l'Etat d'origine de son pouvoir normatif à l'encontre des pays d'émigration (soit principalement, au 19ème siècle, des Etats-Unis)[1169].

Par ailleurs, le rattachement de la nationalité connait un « *déclin* » évident en droit positif[1170]. On pourrait soutenir que le rattachement à la résidence habituelle, marqueur du « milieu d'intégration » de l'individu, est, au même titre que la nationalité, un rattachement culturel. La notion de culture perd cependant alors tout contenu précis[1171] et tout intérêt novateur sur le plan des méthodes de droit international privé.

Enfin et surtout, comprendre le rattachement de la nationalité comme un rattachement culturel au sens dégagé ci-dessus semble trop réducteur. Le critère de la nationalité intègre en effet des éléments divers, qui viennent, si ce n'est remplacer, *a minima* s'ajouter à la dimension culturelle[1172]. Ces éléments sont particulièrement visibles dans les cas suivants.

1165 Cette nuance est présente dans la pensée de Mancini, qui met non l'Etat, mais la Nation au centre du droit international, public comme privé (v. chez E. JAYME, qui se réfère précisément à cette distinction pour construire sa proposition, *supra* n°287).

1166 E. CLEMENT, C. DEMONQUE, L. HANSEN-LOVE, P. KAHN, v°Nation *La philosophie de A à Z*, Paris, Hatier, 2000, p. 306.

1167 Sur le rôle des normes familiales de manière générale, et non spécifiquement en droit international privé, dans la construction de la personnalité : A. L. ESTIN, « Embracing Tradition : Pluralism in American Family Law », *Modern Law Review*, 2004, p. 540.

1168 E. JAYME, « Identité culturelle », *op. cit.*, spéc. p. 170.

1169 J. BASEDOW, B. DIEHL-LEISTNER, « Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland », *in* E. Jayme, H.-P. Mansel (éd.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 13, spéc. p. 22 ; P. MANKOWSKI, *IPRax* 2017, p. 130, spéc. p. 132 ; « Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht und Völkerrecht in der Entwicklung », *in* N. Dethloff, G. Nolte, A. Reinisch (éd.), *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick : Migrationsbewegungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2018, p. 45, spéc. p. 95.

1170 Pour une approche générale : E. PATAUT, *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014.

1171 V. *infra* n°297 et s. pour les difficultés de définition de la notion de culture.

1172 V. *supra* n°244 sur le traitement de la double-nationalité en droit positif. V. également nos développements sur l'importance du domaine personnel et familial pour la définition de la communauté étatique nationale, où politique et culture, dans le cas de l'Etat français, Etat-Nation, se recoupent (*infra* n°315 et s.).

On citera en premier lieu l'hypothèse, en réalité théorique, où l'appartenance étatique se résume à un projet politique commun, d'inspiration contractualiste, ne reflétant ni les origines, ni l'environnement socioaffectif de l'individu. Est-ce à dire que le rattachement de la nationalité perdrait toute pertinence ? Ne permet-il pas de désigner le « *lieu de sécurisation "idéal" de l'individu* » au sens où l'entend J. Guillaumé, dans la mesure où il répondrait à une certaine « *complétude* » et à une « *recherche incessante du Bien commun* » [1173] ? Ne peut-il pas, du moins lorsqu'il est question de l'Etat français, se fonder sur une certaine légitimité démocratique[1174] ? Au-delà de la référence culturelle, le critère de la nationalité, en raison du lien qu'il entretient nécessairement avec l'Etat, bénéficie de la légitimité de ce dernier (ou de celle de l'Etat français)[1175].

En outre, le critère de la nationalité intègre nécessairement des considérations relatives à la politique migratoire. A la différence du critère de résidence habituelle, distinct du statut administratif de l'étranger, du migrant ou réfugié, le critère de la nationalité lie directement droit international privé et politique migratoire. Cette liaison est fortement critiquable, la soumission du droit international privé au droit de la nationalité (et ainsi à la politique migratoire) étant généralement une solution insatisfaisante dans la mesure où elle heurte l'objectif de stabilité[1176]. Il reste que l'attrait du critère de la nationalité réside (ou résidait), pour l'Etat auteur des règles de conflit de lois, précisément dans l'intégration d'un ensemble de considérations.

Le rattachement de la nationalité semble ainsi simultanément répondre à plusieurs directives, parfois étrangères à l'idée de culture dégagée dans le cadre de ce travail pour les besoins de la matière personnelle et familiale. Il semble ainsi difficile de déduire du choix du critère de rattachement de la nationalité l'expression d'une prise en compte de la dimension culturelle de l'ordre étranger, venant appuyer l'idée que le droit international privé aurait pour objectif l'application de normes de communautés culturelles.

A contrario, cela ne signifie pas que le critère de la nationalité soit insusceptible d'une interprétation strictement culturelle. Mais celle-ci doit connaître un fondement théorique qui ne peut être déduit de la simple consécration (partielle et en déclin) de ce critère en droit positif.

En conclusion, la prise en compte de la dimension culturelle sur le versant collectif apparait plus satisfaisante que sur le plan individuel. Le droit international privé est peut-être davantage en mesure de traiter celle-ci que le droit international public en raison de la prééminence des intérêts privés. Cependant, tant le droit positif que les outils disponibles (nationalité, proximité) rendent

---

[1173] J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation…, op. cit.*, spéc. n°795, p. 318.

[1174] « *[L]'Etat, et donc le peuple souverain, est en droit d'exiger aussi bien que tenu de garantir l'application de la loi à tous ceux par qui, ou au nom de qui, elle est faite, du moins dans les domaines où elle contribue à fixer ce par quoi ils entendent se reconnaître* » (P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé, op. cit.*, n°530, p. 367).

[1175] Sur la légitimité, v. *supra* n°100 et s. Sur nos réflexions conclusives, v. *infra* n°606 et s.

[1176] La politique migratoire est particulièrement soumise aux aléas politiques, précisément parce qu'elle a pour sujet premier et direct la relation à l'Autre-étranger, provoquant notamment l'intervention de réactions émotionnelles particulièrement fortes et susceptibles de changements soudains. V. T. FLEURY GRAFF, I. GIAUFFRET, « Frontière de l'âge, frontières de l'État : retours choisis sur la jurisprudence 2022 en matière de migrations », *RCDIP*, 2023, p. 351, spéc. p. 351.
Ne serait-ce alors pas précisément un des rôles du droit international privé que d'être le fondement d'une « *citoyenneté privée* », conçue comme un « *antidote cosmopolite* » permettant d'assurer une certaine reconnaissance de l'altérité, notamment dans des périodes de fortes tensions politiques ? V. la pensée de K. KNOP, « Citizenship, Public and Private », *op. cit.* (pour l'argumentaire de l'auteure, v. *supra* n°246 et s.).

difficile sa traduction sur le plan des méthodes. Ce n'est pas un hasard : la traduction de la « culture » ne peut s'opérer telle quelle et nécessite de penser le groupe social.

2) Du besoin de penser le groupe social

297. On ne saurait s'en étonner : en tant que telle, et tout comme l'identité, la culture ne peut être un concept opératoire en droit international privé (a). Il est alors nécessaire de penser son support, le groupe social, dont la définition n'est pas à rechercher dans la découverte d'un critère essentiel mais dans l'environnement social et normatif dans lequel le groupe s'inscrit, c'est-à-dire dans la relation qu'il entretient avec les autres ordres normatifs, dont l'Etat (b).

a) La culture, une notion impossible à appréhender juridiquement

298. La culture ne peut constituer, en tant que telle, un concept opératoire en droit, et particulièrement en droit international privé.

Les éléments sont connus, et sont à rapprocher de ceux d'ores-et-déjà mis en avant pour l'identité : la culture est une notion complexe et dynamique[1177] ; elle ne regroupe pas une réalité homogène ; elle rend compte aussi bien de la diversité des pratiques humaines que de l'unité de l'être humain à travers le monde. On se contentera de rapporter les propos particulièrement clairs de G. Vinsonneau :

« *[l]'évolution du concept de "culture" ayant autorisé l'apparition de celui d'"identité", l'un et l'autre se détachent progressivement de la tradition culturaliste. Ni la culture ni l'identité ne sont pourtant plus considérées aujourd'hui comme des entités stables dont les acteurs sociaux hériteraient une fois pour toutes en raison d'appartenances patrimoniales. La culture et l'identité s'érigent en des phénomènes complexes : dynamiques et non statiques, ancrés dans l'histoire des groupes sociaux mais non enfermés dans celle-ci. L'incessante (re) construction collective de l'histoire est primordiale ; grâce à elle, ce qui pour l'acteur social était négatif peut devenir positif, ce qui était incertain peut devenir certitude* »[1178].

Cependant, bien que complexes, culture et identité sont les concepts aujourd'hui majoritairement utilisés pour expliquer l'existence de frontières sociales. Pour continuer de citer G. Vinsonneau, *« [l]es frontières séparant le "Nous" du "Eux" prennent ainsi forme, l'identité se distingue de l'altérité, l'être se dessine et prend sens, il génère des objectifs, des valeurs et des significations partagées. Selon la nouvelle perspective interactionniste, le partage des significations produites dans les interactions sociales au sein d'un groupe historiquement constitué définirait précisément la culture* »[1179]. Là est la clé : la culture a besoin d'un support, et se pense, pour l'auteure, au sein d'un « *groupe historiquement constitué* »[1180].

b) Le groupe social comme support culturel

299. Il est possible de prendre le point de départ suivant pour affirmer la nécessité de préciser la notion de groupe social : « *[n]ous ne pouvons que constater que les cultures sont multiples, variées, et qu'elles peuvent intéresser de toutes petites communautés (locales), des communautés plus larges (nationales), des ensembles*

1177 « *Si tous les chercheurs s'accordent pour reconnaître que l'individu subit un modelage au cours de son enculturation, on a récemment découvert que l'appropriation de la culture n'est pas une opération passive : l'incorporation des éléments de la culture est sélective et l'individu y réagit en devenant lui-même acteur et producteur de culture. La culture ne se transmet pas mécaniquement ; elle fait l'objet d'un traitement par les sujets qui s'en emparent et la transforment en la véhiculant, ce qui est à l'origine d'un dynamisme qu'a précisément analysé Ralph Linton* » (G. VINSONNEAU, *op. cit.*, spéc. p. 10).

1178 *Ibid.*, spéc. p. 5.

1179 *Ibid.* (nous soulignons).

1180 *Ibid.*

pluri-territoriaux (régions) et, peut-être la terre entière, voire, l'univers, comme le laisse supposer l'adjectif souvent utilisé de "valeur universelle" ou "à vocation universelle" »[1181]. Classiquement, à vouloir retenir un cadre culturel en droit international privé, celui-ci serait de nature étatique (loi étatique ou loi infra-étatique désignée par les règles de conflit de lois internes étatiques[1182]). Tout au plus pourrait-on penser la référence culturelle dans le cadre de l'ordre juridique[1183].

A délaisser une approche juridique classique, le cadre premier de déploiement de la culture est le groupe social. Celui-ci est compris, *a priori* et de manière la plus générale possible, comme étant caractérisé par l'existence d'interactions sociales. En effet, la culture, telle que précédemment définie, implique en premier lieu des interactions sociales. Que le groupe social connaisse une forme étatique ou juridique[1184] est ainsi secondaire.

300. Est-il possible de venir préciser ce qu'il faut entendre par groupe social, la notion de groupe étant précisément caractérisée par son absence de signification précise[1185] ? Si les groupes sociaux non culturels, davantage centrés sur l'avoir que l'être, semblent écartés[1186], il reste que tant les « *réseaux de parents, d'amis, ou de relations de travail* »[1187] répondent *a priori* à la notion de groupe social culturel[1188].

Certains sociologues ou sociologues du droit ont opéré des distinctions entre les différents groupes sociaux. On pourrait citer à titre d'exemple la distinction opérée par le sociologue allemand Tönnies entre la communauté (*Gemeinschaft*) et la société (*Gesellschaft*)[1189]. Cependant, cette différenciation recoupe fortement celle ici effectuée entre groupe social culturel et non culturel[1190] et ne permet donc pas de venir préciser le groupe social. Plus intéressante à ce stade pourrait *a priori* être la différenciation opérée par Gurvitch. L'auteur établit une différence entre unités collectives, faisant émerger le « *groupe social* », lieu de l'existence du « *droit social* »[1191]. Le « *groupe social* » est caractérisé par un ensemble de critères, et notamment celui, emprunté à Hauriou, d'« *œuvre commune* »[1192]. Un

---

1181 C. KESSEDJIAN, « Culture et droit - l'influence de la culture sur le droit international et ses développements », *in* C. Kessedjian, *Le droit international collaboratif*, Editions Pedone, Paris, 2016, p. 61, spéc. p. 65.

1182 V. PARISOT, « Commentaire de l'article 15 », *op. cit.*, spéc. p. 659 et s.

1183 Pour L. GANNAGE, « *dans la mesure où la culture inclut notamment les valeurs, les normes et les institutions, chaque ordre juridique est nécessairement le reflet d'une culture singulière ; en ce sens la question des différences culturelles peut se greffer assez naturellement sur toute relation de droit international privé. Elle ne présente pas à cet égard d'originalité particulière* » (« Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *op. cit.*, spéc. n°8, p. 239).

1184 *Contra* : G. GURVITCH, pour qui tout groupe social, réalité sociale *a minima* structurable, est nécessairement juridique.

1185 G. NAVARRO-UGE, *op. cit.*, p. 97 ; S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Préf. T. Clay, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, 2014, spéc. n°139, p. 151.

1186 V. *infra* n°333 et s.

1187 V. DOLLO, J.-R. LAMBERT, S. PARAYRE, V°Lien social, *in* V. Dollo, J.-R. Lambert, S. Parayre, *Lexique de sociologie*, Dalloz, 5ème éd., 2017, p. 223. « *All individuals are embedded in families and communities, which are important to their stability, happiness, and to the successful nurture of the next generation. A multilayered approach to family regulation builds on the notion that many families have a complex identity and experience, shaped and defined by many different cultural, legal, and political ties. It supports a richer notion of citizenship in which individuals are understood not only in terms of their relationship to the state, but also as members of families and religious communities* » (A. L. ESTIN, « Unofficial Family Law », *op. cit.*, spéc. p. 452, nous soulignons).

1188 V. déjà *supra* n°43 et s.

1189 V. *infra* n°325.

1190 V. plus précisément *infra* n°326 et s.

1191 V. not. G. GURVITCH, *La déclaration des droits sociaux*, Dalloz, [1946] 2009, p. 71.

1192 Chez M. Hauriou, l'idée d'œuvre recoupe à la fois le but à atteindre, soit l'idée, et les moyens pour l'atteindre, soit l'action. C'est pour réaliser l'œuvre que le droit est nécessairement engendré. Le droit l'incarne et est pénétré par des

autre critère retient cependant l'attention : celui de la « *structurabilité* » du groupe social (i). Nous avons déjà souligné la difficulté de manipuler les concepts sociologiques, répondant à un cadre analytique non juridique[1193]. Une réflexion sur ces critères peut cependant permettre l'édification de critères propres au droit international privé (ii).

i) La recherche d'un critère intrinsèque : la structurabilité de l'unité sociale (Gurvitch)

301. Gurvitch distingue au sein des unités sociales la « *masse* », la « *communauté* » et la « *communion* », en fonction du degré de participation des membres dans le groupe, du sentiment d'appartenance commune. Selon l'auteur, les individus peuvent simultanément appartenir à ces différents groupes[1194]. Seules la communauté et la communion répondent au concept de groupe ou d'« *unité collective* », définie comme une unité « *réelle mais partielle directement observable et fondée sur des attitudes collectives continues et actives, ayant une œuvre commune à accomplir, unité d'attitudes, d'œuvres et de conduites qui constitue un cadre social structurable, tendant vers une cohésion relative des manifestations de la sociabilité* »[1195]. Comme le souligne G. Navarro-Ugé, « *le groupe se caractérise par la continuité de conduites collectives qu'ils s'agissent de rites, de procédures, de mœurs ou encore de pratiques sociales* »[1196]. L'unité sociale, se traduisant par des conduites collectives communes et la poursuite d'une œuvre commune[1197], ne suffit cependant pas. Ce cadre social doit être *a minima* « structurable ». D'après l'auteur, la structuration correspond à un stade inférieur à l'organisation[1198] et est caractérisée par l'observation par le groupe d'un équilibre entre rapports internes et externes (avec les autres groupes). Plus précisément,

« *[l]e caractère structurable d'un groupe découle du fait que son unité se réalise d'abord dans l'ébauche d'une espèce de cohésion particulière entre les formes de sociabilité d'une part, entre les attitudes collectives, actes, œuvres communes et leurs expressions dans des conduites collectives plus ou moins régulières, d'autre part ; ensuite, plus largement, dans un commencement d'équilibre, ne fût-il que virtuel et plus que précaire, entre les hiérarchies multiples des paliers en profondeur, des Nous, des réglementations sociales, des temps, des colorations du mental, et ainsi de suite ; enfin, ce même caractère structurable du groupe vient de ce que son intégration dans une classe sociale ou une société globale tend à se manifester par une précision de ses rapports avec les autres groupes, ainsi que du rôle et de la place qui lui reviennent dans la hiérarchie particulière de groupements caractérisant l'ensemble donné* »[1199].

L'auteur cite comme exemple de groupes structurés et non organisés les groupes professionnels et la famille[1200] ; au titre de groupes non structurés mais structurables les chômeurs, minorités ethniques et consommateurs[1201]. Tout groupe génère son propre droit du fait même de l'union des membres, nommé droit « *social* », dont la finalité est de régler les rapports internes entre les

valeurs sociales (E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n°30/31, 1995, p. 381, spéc. p. 393).

1193 V. *supra* n°43 et s.

1194 G. NAVARRO-UGE, *op. cit.* p. 510.

1195 G. GURVITCH, *Traité de sociologie,* t. 1*,* Paris, PUF, 1958, p. 187.

1196 G. NAVARRO-UGE, *op. cit.* p. 103.

1197 L'auteur se réfère expressément sur ce point à la théorie de l'institution d'Hauriou.

1198 « *Les organisations sont des conduites collectives, pré-établies qui sont aménagées, hiérarchisées, centralisées d'après certains modèles réfléchis et fixés d'avance dans des schémas plus ou moins rigides* ». (G. GURVITCH, *La vocation actuelle de la sociologie*, PUF, 1957, p. 71).

1199 G. GURVITCH, *Traité de sociologie, op. cit.*, p. 188 et s.

1200 G. NAVARRO-UGE, *op. et loc cit.*

1201 G. GURVITCH, *op. cit.*, p. 189.

membres et entre ceux-ci et la collectivité. Les groupes sont ainsi pour l'auteur une réalité juridique, en plus d'être une réalité sociale.

302. On relèvera tout d'abord que le critère de la structuration se révèle difficile à manier en droit international privé : comment justifier que les chômeurs, au même titre que les minorités ethniques ou les groupes professionnels, puissent être considérés comme une unité sociale relevante ? Par ailleurs, comment caractériser et s'assurer de l'existence d'un équilibre entre rapports internes et externes, notamment lorsqu'il s'agit de s'assurer de l'existence de groupes sociaux qui n'ont pas ou peu de rapports avec l'Etat français (dans la perspective du droit international privé) ?

303. Toutefois, la construction de Gurvitch a pour mérite de mettre l'accent sur l'importance des rapports internes et externes du groupe social. S'il est difficile, pour le juge français saisi d'un litige de droit international privé, d'apprécier les rapports internes au groupe étranger, les rapports externes sont davantage perceptibles puisqu'ils impliquent une interaction entre les groupes, c'est-à-dire au moins deux discours sur l'existence (ou la réalité) du groupe social étranger : celui du groupe lui-même, ainsi que celui d'au moins un ordre amené à entrer en contact avec celui-ci. Par ailleurs, loin de se contenter de retenir la « structurabilité » du groupe, ce changement de perspective implique que le groupe soit effectivement et suffisamment structuré pour que puisse émerger l'existence d'un discours extérieur sur celui-ci.

Le critère, chez Gurvitch, participe de l'essence même du groupe social. Plutôt que de retenir comme critère l'existence de rapports externes, il parait davantage judicieux en droit international privé d'adopter une approche relative, se concentrant sur l'environnement du groupe et la manière dont celui-ci est perçu par cet environnement. Une telle approche est en adéquation avec la vision dynamique de la culture comme de l'identité : le groupe social culturel n'existe que dans l'interaction avec les autres groupes sociaux.

ii) L'adoption d'un critère extrinsèque : la reconnaissance du groupe par son environnement

304. L'autre critère de différenciation entre groupes sociaux culturels est lié à l'environnement social au contact duquel le groupe social se déploie. En d'autres termes, le groupe social pourrait être considéré par l'ordre juridique du for comme relevant s'il l'est pour d'autres groupes sociaux à l'étranger. Or, cette interaction entre groupes sociaux dépend d'un contexte particulier, étranger, et intégrant nécessairement le point de vue de l'Etat étranger[1202].

305. L'argument, porté notamment par A. Shachar, est le suivant : les actions sociales, individuelles comme collectives (par exemple la formation continuelle du groupe social), ont toujours lieu au sein d'un « *contexte institutionnel* »[1203], venant fortement influencer les choix

---

[1202] Rappr. la classification de S. E. Merry : « *[i]t is possible to differentiate stateless law into three types :* before, outside *and* inside *the state. Each type has a distinctive relationship to state law* » (« Stateless Law : Before, Inside and outside the Law of the State », *in* H. Dedek, S. Van Praagh (éd.), *Stateless Law, Evolving Boundaries of a Discipline*, Farnham Burlington, Ashgate, 2015, p. 3, spéc. p. 3).

[1203] « *[S]ocial actions, whether individual or collective, always take place in an institutional context. The spectrum of available choices for different agents is thus shaped and affected by the institutional context in which they are set* ». V. la note de bas de page 15: *« the power of institutions lies precisely in their ability to render transparent, perhaps sometimes even invisible, the legal conventions and coercive authority structures that hold any society together, even as these structures actively shape the options, payoffs and expectations of the different players). Relations between majority and minority communities (as well as with accommodated communities) are always shaped by the unique structures of authority under which they operate* » (A. SHACHAR, *op. cit.*, spéc. p. 8).

disponibles pour les différents agents (individuels comme collectifs). Ce contexte institutionnel, l'ensemble des structures d'autorité (et notamment étatiques, mais pas seulement), est particulier et unique : si tel groupe peut se présenter sous la forme d'un pouvoir politique fort (et étatique) en tel endroit et non ailleurs, c'est en raison de ses rapports avec les autres formes de pouvoir, notamment étatiques.

Tel est le cas de certains ordres normatifs religieux, qu'on pourrait *a priori* qualifier de « musulmans ». En réalité, et nous l'avons déjà signalé[1204], ces groupes sont extrêmement variés (Etats, majorité ou minorité, groupe reconnu ou non par un ou des Etats, groupe social se rattachant à une école de pensée qui n'est certes pas celle prônée par l'Etat, mais ce dernier est plutôt libéral, etc.). Leur regroupement dans une catégorie commune n'apparait pas pertinent : la reconnaissance de ces groupes par d'autres groupes sociaux (étatique notamment) a une influence directe sur les normes de ces groupes, leur contenu comme leur effectivité. Là où le groupe social est peu reconnu, ses normes semblent davantage sujettes à une adaptation (au sens commun) aux normes des autres groupes sociaux.

On observera à titre d'exemple que les normes musulmanes relatives au mariage connaitraient en France une adaptation particulière, observée par S. Papi : le mariage à la *fâtiha*. Ce type particulier d'engagement serait d'après l'auteur « *le fruit d'une synthèse entre les normes matrimoniales islamiques et les usages sociaux qui en sont faits chez les musulmans de France* » relevant d'un « *syncrétisme religieux assez remarquable* »[1205]. Il s'agit en effet d'un mariage ayant un caractère sacramentel nullement nécessaire selon la *charia*, qui conçoit le mariage principalement comme un contrat. Le mariage à la *fâtiha* consiste en la prononciation de celle-ci (il s'agit de la sourate d'ouverture du Coran) par un imam. Une fois la *fâtiha* prononcée et l'union scellée, il est possible pour les époux de se fréquenter hors de l'espace familial et d'entamer une vie commune (le mariage est alors perçu comme *halal*[1206], du moins par la communauté musulmane française)[1207].

Ainsi, l'existence même du groupe social dépend d'un contexte particulier, et notamment de la reconnaissance par un Etat (notamment étranger), de son pouvoir (comme le montre de manière éclatante l'hypothèse du « *failing state* »[1208]) et de la manière dont celui-ci se conçoit (Etat libéral *versus* Etat multicommunautaire[1209]).

Idem (et avec nos réserves quant à l'emploi des termes « *legal* » et « *political* ») : « *[b]ut the important point remains : Group formation is the product of environmental influences, and among these environmental factors are political institutions. This is not to say that culture is unimportant, but it is not fundamental, even for the constitution of group identity. Legal rights can themselves be important determinants* » (C. KUKATHAS, « Are There Any Cultural Rights ? », *Political Theory*, 20, 1992, p. 105, spéc. p. 111, nous soulignons).

1204 V. *supra* n°258 et s ; v. *infra* n°345.

1205 S. PAPI, « Les mariages à la *fatiḥa* et le droit français », *Revue du droit des religions*, 2017, vol. 4, p. 129. B. Collet et E. Santelli parlent quant à elles de « *bricolages culturels* » (B. COLLET, E. SANTELLI, « Le mariage "halal", réinterprétation des rites du mariage musulman dans le contexte post-migratoire français », *Recherches familiales*, vol. 9, n°1, 2012, p. 83, spéc. n°6).

1206 *Ibid.*

1207 Les tribunaux français ont eu à se prononcer sur cet engagement : le refus par l'époux de célébrer le mariage religieux à la *fâtiha* après le mariage civil a été qualifié d'erreur sur les qualités essentielles du conjoint permettant à l'épouse de demander l'annulation du mariage sur le fondement de l'article 180 al. 2 du Code civil (CA Aix-en-Provence, 15 nov. 2005, JurisData n°2005-293158, *Dr. Fam* 2006, comm. 80).

1208 V. *supra* n°165.

1209 V. *supra* n°194.

En conclusion, le groupe social vient ancrer la notion de culture dans la réalité des interactions sociales. Il ne peut être défini par l'intervention de critères objectifs et absolus. Le contexte « institutionnel » dans lequel il se construit est primordial et nécessitera une approche spécifique sur le plan des méthodes. La norme non étatique relevante est ainsi celle qui est exprimée au sein d'une communauté socioculturelle. Reste à vérifier qu'une telle proposition répond aux objectifs du droit international privé de la famille.

B- L'ancrage socioculturel de la norme répond aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale internationale

306. L'ancrage socioculturel de la norme non étatique satisfait aux objectifs généraux du droit international privé. La culture est une manière de se représenter le monde et se révèle très concrètement par l'expression, au sein d'un groupe social, de devoirs de conduite (1). Ces devoirs de conduite font l'objet, à l'échelle de l'individu, d'un processus de socialisation et viennent structurer l'identité personnelle (2). Au cœur des relations familiales, la norme socioculturelle possède une effectivité forte, fondée sur la socialisation de l'individu et sur l'existence de sanctions sociales (3). Retenir la norme socioculturelle permet enfin de protéger les intérêts des tiers au litige, dans un domaine où ces intérêts sont jugés particulièrement dignes de protection (4).

1) Cosmologie et devoirs de conduite

307. Le groupe socioculturel représente un contexte narratif dans lequel des normes peuvent s'exprimer et reçoivent une signification donnée. Comme l'a montré R. Cover dans son article « Nomos and Narrative », la norme naît d'une narration, qui ne se contente pas de décrire, mais prescrit également. Selon l'auteur, « *narrations et systèmes normatifs s'interpénètrent par le jeu des acteurs qui, en quelque sorte, sont constitués par les narrations auxquelles ils sont exposés, qui sont tributaires d'une pluralité de systèmes normatifs et qui reconstruisent eux-mêmes narrations et systèmes normatifs, à leur manière, dans un perpétuel mouvement* »[1210].

R. Cover fonde son analyse sur le point de vue des acteurs, soulignant l'existence d'interprétations communes existant à petite ou grande échelle. On pourrait alors précisément argumenter, allant au-delà de la pensée de l'auteur, que la culture offre un ensemble de narrations communes fondamentales, liées à une vie en commun[1211] et correspondant à un ensemble de valeurs autour desquelles des consensus partiels ou généralisés s'établissent. A ce titre, elle peut être conçue comme une « cosmologie », un système de représentation du monde[1212] permettant le déploiement de réseaux de significations. A prendre un exemple utilisé par l'auteur, certaines communautés religieuses contemporaines possèdent un narratif commun fondé sur des textes sacrés connus et reconnus. L'obéissance va ainsi de pair avec la compréhension.

[1210] F. MICHAUT, *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de R. M. Cover*, Paris, L'Harmattan, 2001, spéc. p. 8.

[1211] V. la définition de N. Rouland ci-dessus retenue : la culture est « *l'ensemble des réponses que les groupes humains apportent au problème de leur existence sociale : les représentations et les symboles par lesquels l'homme donne sens à sa vie, la langue, le droit, les cultes, les rites mais aussi les vêtements, l'habitat, les habitudes sexuelles ou l'artisanat* » (*Aux confins du droit*, Paris, éd. Odile Jacob, 1991, spéc. p. 176).

[1212] C. GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Sociology*, New York, Basic Books, 3ème éd., 2000, p. 167 et s. Pour une approche comparable à propos de la religion : E. DURKHEIM, *Les formes élémentaires de la vie religieuse*, 1912.

308. En cela, la communauté socioculturelle se distingue de la communauté d'intérêts. Ce n'est pas que celle-ci ne connait aucun narratif commun, mais le narratif partagé n'a pas pour vocation première de satisfaire le besoin de stabilité sociale. Ainsi, si l'identité sexuelle est définie par l'ordre sportif international[1213], ce n'est pas pour satisfaire un besoin général de stabilité sociale, mais pour son organisation propre, limitée au secteur d'activité dans et pour lequel il se déploie. La différence pertinente, sur laquelle on reviendra, est celle existant entre la communauté d'intérêts et la communauté identitaire, ou encore, entre la communauté partielle et la communauté holiste[1214]. R. Cover isole quant à lui l'existence de communautés « *paideic* », caractérisées par l'existence d'un narratif commun intégré dans les mondes normatifs (ou « *nomos* ») de chacun de ses membres[1215]. Le narratif du groupe est ainsi intimement lié au narratif de l'individu et concerne ainsi tant l'identité collective qu'individuelle. Ce n'est pas à dire que le narratif est unique ; selon R. Cover, il existe toujours, dans chaque groupe social, une pluralité de narrations. Seulement, le système normatif œuvre à l'unicité des compréhensions (impossible à atteindre) par le contrôle social[1216].

Puisque nous avons associé la culture à une narration spécifique caractérisée par la centralité de la fonction de stabilité sociale, il est possible d'en déduire qu'à ce titre, elle produit des normes de comportement, des devoirs de conduite. Ces normes sont caractérisées par une (relativement) forte stabilité, particulièrement pertinente en matière familiale : « *[l]a culture, dans la mesure où elle est constituée par des prototypes de comportements qui sont, dans une certaine mesure, symboliquement formulés, doit être reproduite à chaque génération. Cette reproduction constitue le résultat principal du processus de socialisation de chaque individu au sein de toute société* »[1217].

2) La structuration de l'identité personnelle par la norme socioculturelle

309. L'identité individuelle, dont la protection est centrale en matière personnelle et familiale, possède une dimension collective, puisqu'elle se construit en interaction avec l'identité d'une ou de plusieurs communautés d'appartenance[1218]. Or, pour avoir une incidence suffisante justifiant sa prise en compte par le droit en matière personnelle et familiale, cette communauté d'appartenance doit être socioculturelle. En effet, la communauté socioculturelle a trois particularités essentielles :

- La communauté socioculturelle étant elle-même caractérisée par sa stabilité dans le temps, la désignation d'une norme socioculturelle répond alors à l'objectif de permanence de l'identité de l'individu.

1213 J. GUILLAUME, « La lex sportiva ou la loi du plus fort », *Les Annales de droit*, 2011, n°5, p. 43.
1214 V. *infra* sur la typologie de T. FISHER (n°327 et s.).
1215 R. COVER, « The Supreme Court 1982 Term, Forward : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, 97, 1983, p. 4, spéc. p. 12 et s. : « *[…] I shall call "paideic", because the term suggests: (i) a common body of precept and narrative, (2) a common and personal way of being educated into this corpus, and (3) a sense of direction or growth that is constituted as the individual and his community work out the implications of their law* ». Pour une application récente au droit de l'arbitrage : F.-X. LICARI, « Au-delà du pluralisme juridique : réflexions sur l'arbitrage paidéique », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 237).
1216 L'auteur considère ainsi qu'il y aurait une incohérence entre le droit comme signification et le droit comme instrument de contrôle social.
1217 N. INTZESSILOGLOU, « Système juridique et culture : une approche sociologique globale du phénomène juridique », *in* J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 391, spéc. p. 394 (nous soulignons). L'auteur ajoute : « *[l]e degré, la qualité, le processus, le rythme et le niveau de socialisation des individus-membres d'une société se différencient selon : a) les conditions objectives de l'existence sociale des groupes d'appartenance des individus, et b) les capacités individuelles qui, en partie, sont aussi le produit de l'apprentissage culturel* » (p. 394 et s.).
1218 V. *supra* n°212 et s.

- Puisque la norme socioculturelle fait l'objet d'un processus de socialisation[1219] particulièrement marqué, elle peut être la norme pertinente lorsqu'il s'agit de désigner une loi en lien avec les origines de l'individu. Le processus de socialisation de l'individu est caractérisé par ses caractères diffus, inconscient, constamment rappelé, et ne cesse ainsi de structurer l'identité personnelle de l'individu.
- Enfin, puisqu'il s'agit précisément d'une norme socioculturelle, relative aux manières de vivre ensemble, elle est également en mesure de répondre à l'exigence de désignation de normes représentatives d'un « milieu d'intégration »[1220] ou d'un « environnement affectif »[1221].

3) L'effectivité de la norme socioculturelle : les sanctions sociales du groupe restreint

310. Parce qu'elle est liée à l'identité même de l'individu, la communauté socioculturelle peut imposer des devoirs de conduite de manière particulièrement effective, c'est-à-dire rendre sa transgression difficile. Comme le souligne L. Gannagé,

« *[l]es rapports entre identité individuelle et identité collective sont, de ce fait, extrêmement complexes. Ils ne sont pas toujours clairement perçus par les juristes. Ils varient sensiblement selon les cultures qui peuvent se montrer réticentes ou parfois très hostiles à l'accueil de la différence. Refusant toute concurrence des cultures étrangères, elles réclameront alors une fidélité inconditionnelle des membres du groupe à leurs valeurs et à leur mode de vie. Ainsi la transgression des valeurs du groupe, la possibilité pour l'individu de rompre avec l'identité collective dépendent encore de la culture elle-même* »[1222].

Si ces communautés socioculturelles peuvent être considérées comme non libérales, rendant la sortie du groupe difficile pour leurs membres, le fondement du respect de l'identité de l'individu implique leur nécessaire prise en compte. La possibilité de prendre en compte les normes de ces communautés en premier lieu, sous la réserve de l'exception d'ordre public international français, est précisément ce qui rend les méthodes conflictuelles intéressantes par rapport aux autres techniques de coordination (matérielles notamment).

311. La norme socioculturelle est par ailleurs sanctionnée socialement[1223], ce qui garantit d'autant plus son effectivité. L'interaction sociale entre les membres du groupe permet le contrôle et la réaction d'autrui face au manquement au devoir de conduite. A citer à nouveau S. Benisty, la sanction sociale « *se spécifie par un jeu complexe et nuancé de jugements apologiques et critiques, de mécaniques*

[1219] La socialisation « juridique » est extrêmement complexe. Il existe selon C. KOURILSKY-AUGEVEN deux mouvements simultanés : un mouvement d' « *acculturation juridique du sujet* », ce dernier acquérant « *les savoirs communs à la culture juridique dominante dans sa société », fournissant à l'ensemble des individus un « langage commun* » (représentations sociales communes concernant les lois et institutions, les valeurs dominantes…) et un mouvement d' « *acculturation par le sujet* », par lequel l'individu recrée les différents objets de la culture juridique lui-même « *en les réinterprétant de manière à ce que leur contenu fasse sens pour lui par rapport à la culture propre acquise dans son milieu familial et social* » (« Socialisation juridique et modèle culturel », *in* C. Kourilsky-Augeven (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit*, Paris, LGDJ, 1997, p. 17).

[1220] V. notamment, sur le concept : M. HUNTER-HENIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, thèse, Paris I, 2001.

[1221] H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, note de bas de page 989.

[1222] L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *op. cit.*, spéc. n°14, p. 244.

[1223] La sanction est, selon Durkheim, l'élément constitutif de tous les phénomènes sociaux, que l'auteur définit alors comme des « *types de conduite ou de pensée…doués d'une puissance impérative et coercitive en vertu de laquelle…, ils s'imposent au sujet, qu'il le veuille ou non* » (E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, 1973, p. 4, tel que cité par : J.-F. PERRIN, « Règle », *APD* 1990, p. 245, spéc. p. 249). V. déjà *supra* n°173.

d'intégration au groupe et d'ostracisme qui protègent ou menacent l'individu au comportement conforme ou déviant »[1224]. La figure la plus connue est bien entendu l'exclusion du groupe social. Mais il existe une multitude de manifestations de la sanction envisageables, allant de représailles physiques à l'exclusion du groupe, tout en passant par la simple fin d'une coopération ou l'appel à un tiers-intervenant[1225], qui ont pour trait commun, non négligeable pour tenter de les appréhender, d'être des phénomènes tangibles. C'est ainsi que nombre d'anthropologues du droit saisissent bien souvent le droit, entendu de manière large et pour les besoins de leurs travaux, par le phénomène de la sanction[1226]. Bien entendu, la diversité des sanctions sociales rend difficile leur identification[1227].

Ainsi, la communauté socioculturelle ne peut être une simple communauté « imaginée »[1228] mais est une communauté concrète, permettant aux sanctions sociales de se déployer. Or, la communauté concrète n'est observable que dans le groupe social restreint ou en présence d'institutions sociales évidentes relatives à l'administration d'une sanction sociale du devoir de conduite (et notamment par l'existence d'une instance de règlement des conflits).

312. Quelques précisions peuvent être indiquées quant au groupe social restreint, tel que le conçoit S. Benisty dans son étude relative à la norme sociale saisie par le droit. Selon l'auteur, le groupe social restreint est le lieu d'énonciation de la norme sociale (conçue comme l'ordre émis par une autorité, comme un acte de langage[1229]) : « *les relations proches et répétées qui s'y développent entre membres sont particulièrement propices au partage durable des normes personnelles, dont on prétend qu'elles sont les constituants fondamentaux de la norme sociale* »[1230]. Ces interactions particulièrement nombreuses constituent par ailleurs le lieu de déploiement de la sanction collective de la norme sociale de conduite, rendant la norme sociale particulièrement effective[1231].

4) Solidarité familiale et protection des intérêts des tiers

313. Enfin, retenir la norme socioculturelle permet de garantir au mieux le respect des intérêts des tiers, dans un domaine où ceux-ci sont particulièrement dignes d'attention. En effet, la famille est le premier groupe social. A ce titre, les relations interindividuelles produisent nécessairement des effets pour l'ensemble des membres de la famille. Il est donc particulièrement judicieux de ne retenir comme relevantes que les normes ayant un substrat collectif marqué.

1224 S. BENISTY, *La norme sociale…, op. cit.*, n°60, p. 72. V. déjà *supra* n°173.
1225 V. déjà *supra* n°173.
1226 V. ainsi : A. R. RADCLIFFE-BROWN (v°Primitive Law, v°Social Sanctions, *in* E. R. A. Seligman (éd.) *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New York, Mac Millan, vol. 9 (Primitive Law), vol. 13 (Social Sanction), 1933 (vol. 9), 1935 (vol. 13)), tel que cité par L. ASSIER-ANDRIEU (*Le droit dans les sociétés humaines*, Condé-sur-Noireau, Nathan, 1996, p. 45).
1227 V. *supra* n°173 et s.
1228 Il ne s'agit pas réellement ici de faire référence aux idées de B. ANDERSON (*L'imaginaire national : réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, Éditions la Découverte, 1996). Selon l'auteur, la Nation serait une communauté « *imaginaire, et imaginée comme intrinsèquement limitée et souveraine* » (p. 19), dont l'existence a été rendue possible grâce à l'émergence de langues et discours communs en raison de l'essor de l'imprimerie et du capitalisme (« *print capitalism* »).
1229 S. BENISTY, *op. cit.*, n°14 et s., p. 47 et s. L'auteur se réfère à Austin et Searle. V. également sur la conception du droit comme acte de langage : C. GRZEGORCZYK, « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, 1988, n°7, p. 47.
1230 S. BENISTY, *op. cit.*, n°139, p. 153.
1231 V. *supra* n°173.

Sur ce point particulièrement, on ne peut que souligner l'importance de penser la dimension socioculturelle au stade de la loi applicable, et non comme exception, au sein par exemple d'un ordre public international auquel serait intégré le droit fondamental au respect à une identité culturelle (dont nous avons pu contester l'existence, tout comme sa pertinence[1232]). Les intérêts des tiers ne sauraient être suffisamment protégés, puisqu'uniquement pris en considération lorsque l'application d'une loi étrangère mène à un résultat choquant dans le cadre du litige concret.

Au regard de l'ensemble de ces éléments et des précisions apportées, la norme socioculturelle semble répondre aux différentes exigences du droit international privé en ce qui concerne les rapports personnels et familiaux. Il convient ainsi d'écarter les normes de communautés d'intérêts, ainsi que de souligner le rôle du groupe restreint en l'absence d'institutions sociales dont l'existence apparaitrait, pour le juge français, évidente.

II- La mise à l'épreuve : dégager l'existence de communautés socioculturelles non étatiques

314. Est-il judicieux de dégager l'existence de communautés socioculturelles non étatiques ? *A priori*, l'Etat possède une dimension culturelle suffisante pour répondre aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale et il n'apparait pas opportun de dégager un tel concept (A). Cette affirmation ne résiste cependant pas à l'examen : elle repose en effet sur une identité du culturel et du politique, qui apparait dans de nombreux cas artificielle et ainsi insuffisante à répondre aux objectifs évoqués (B).

A- L'Etat, communauté politique et culturelle

315. « *Si l'Etat moderne, fondé sur l'individu-citoyen-électeur, en fait le destinataire prioritaire de son action, il n'ignore pas la dimension communautaire sur laquelle il s'appuie aussi à l'occasion* »[1233]. Allant plus loin, on pourrait soutenir qu'il existe entre politique et culture une influence mutuelle, voire une interdépendance essentielle. L'élaboration des normes juridico-étatiques, traduction de valeurs jugées « bonnes » par l'autorité qui les édicte[1234], s'appuierait nécessairement et directement sur le « code » culturel dominant, ne serait-ce qu'au regard de considérations de réceptivité sociale et ainsi d'effectivité de la norme étatique. Comme l'écrit M.-N. Capogna,

« *[e]n ce sens, le droit est un phénomène de culture, une construction culturelle. Le droit national élabore un système d'ordonnancement d'une société donnée et d'organisation des relations individuelles, selon la façon de penser l'humain dans cette société. […] Ainsi, l'identité juridique et l'identité culturelle procèdent en principe des mêmes conceptions*

[1232] V. *supra* n°288.

[1233] A. BERNARD, « Fleurs de papier, fleurs de tombeaux », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 13, spéc. p. 21.

[1234] V. la démonstration de S. BENISTY, *op. cit*., n°62 et s., p. 73 et s. Sur le lien entre normes et valeurs : J. REMY, « Valeurs – intérêts – normes : mode d'interdépendance réciproque », *in* P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 1, coll. Logiques sociales, L'Harmattan, 1997, p. 33.

dominantes à une époque donnée dans une culture donnée. C'est à partir d'un arrangement culturel logique que sont édictées les règles juridiques »[1235].

Ainsi, le rattachement de la nationalité est parfois interprété comme un rattachement culturel et le caractère réducteur d'une telle interprétation a déjà pu être souligné[1236].

316. Le lien entre communauté politique et communauté culturelle est réalisé par le concept de « Nation », qu'on la considère selon la conception allemande (comme un héritage historique, culturel et linguistique commun) ou selon la conception française (comme un « vouloir-vivre ensemble » consensuel)[1237]. La notion de Nation, réunion du politique et du culturel (considéré comme un tout unique et homogène[1238]), a une forte dimension idéologique : si cette caractéristique n'est pas en soi dirimante, il reste qu'il apparait que la notion de Nation est de peu d'utilité lorsqu'elle est utilisée pour développer un modèle théorique d'ordre général relatif à l'altérité.

Ainsi, s'appuyant sur l'exemple de la Polynésie française, l'auteure précitée constate immédiatement que « *[c]ette interdépendance entre droit et culture pose évidemment problème quand les liens entre l'identité juridique et l'identité culturelle de la personne sont distendus, voire inexistants, quand les deux identités sont trop étrangères l'une à l'autre. Il en est ainsi dans les contextes de colonisation où un pays importe et impose son droit à un peuple d'une autre histoire et d'une autre culture* »[1239]. Penser, par l'intermédiaire de l'idée de Nation, une unité socioculturelle à l'échelle étatique, peut certes servir « *de ciment aux différentes composantes de la nation* »[1240]. Cependant, au regard de la diversité des traditions et normes sociales dépendant de cultures différentes, l'idée de Nation n'apparait pas utile à la réalisation des objectifs de droit international privé.

B- L'insuffisance de la dimension culturelle de la communauté étatique au regard des objectifs du droit international privé et la nécessité de penser la communauté socioculturelle non étatique

317. Plusieurs arguments peuvent être déployés à l'encontre de l'application de la norme étatique sur le fondement culturel. D'une part, l'application de la norme étatique peut se révéler, officiellement, insuffisante, puisque « renvoyant » (au sens large) à d'autres normes, socioculturelles (1). La norme étatique peut par ailleurs, et la critique est plus fondamentale, renvoyer à la culture de la majorité, excluant de fait entièrement la culture, et les normes socioculturelles, de certaines minorités. Une telle critique est connue des débats sur le

---

1235 M.-N. CAPOGNA, « Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports ? », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 911, spéc. p. 919 et s.

1236 V. pour notre critique, *supra* n°296.

1237 P. DEUMIER, *Le droit spontané*, *op. cit.*, n°346, p. 333.

1238 On peut à cet égard citer la devise politique « *One Nation : Many Cultures* » employée par N. Mandela lors de son inauguration à la présidence de l'Afrique du sud (V. C. VILLA-VICENCIO, « Identity, difference and belonging: religious and cultural rights », *in* J. Jr. Witte, J. D. Van der Vyverr (éd.), *Religious human rights in global perspective - religious perspectives*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, p. 517, spéc. p. 517). La Nation est utilisée comme unité transcendant la pluralité des cultures, recréant une unité culturelle à un niveau supérieur.

1239 M.-N. CAPOGNA, *op. cit.*, spéc. p. 920.

1240 L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *op. cit.*, spéc. n°15, p. 245 : « *A l'échelle de la communauté nationale en particulier, la culture, parce qu'elle est porteuse de valeurs, de traditions et d'histoire commune, sert de ciment aux différentes composantes de la nation. C'est elle qui permet de développer les solidarités nationales parce qu'elle rend possible "un sentiment d'identité et d'appartenance communes" ».*

multiculturalisme et heurte frontalement le respect de l'identité personnelle (2). Enfin, la norme étatique repose sur un ensemble de considérations, qui ne sont, évidemment, pas toutes d'ordre culturel ; les objectifs poursuivis peuvent parfois être en contradiction avec ceux de la matière personnelle et familiale internationale (3).

1) L'insuffisance avérée : la norme étatique « renvoie » à des normes socioculturelles

318. On ne s'appesantira pas sur ce point, déjà abordé[1241]. Pour que la désignation d'une communauté étatique soit également celle d'une communauté socioculturelle, une condition fondamentale doit être remplie : l'Etat étranger doit reposer sur une unité socioculturelle se traduisant par l'existence d'une « loi » unique susceptible d'être accueillie par les méthodes conflictuelles de droit international privé. Qu'une « solidarité nationale », ou unité socioculturelle au niveau étatique, existe, est une chose ; que cette unité socioculturelle puisse mener à la désignation d'une loi unique permettant la résolution du litige concret en est une autre. On se contentera simplement ici de renvoyer à nos précédents développements sur le droit libanais[1242].

2) La norme étatique repose sur la culture de la majorité

319. Il s'agit là d'un argument connu des auteurs favorables au multiculturalisme politique. Alors que l'Etat se présente parfois comme culturellement « neutre », il est nécessairement tenu par les visions et conceptions du groupe majoritaire[1243] ; « *l'Etat est inévitablement amené à accorder au moins une forme de reconnaissance partielle à une culture* »[1244]. Ainsi, toutes les cultures n'auraient pas les mêmes chances de survie : celle du groupe majoritaire possèderait un « avantage d'ordre institutionnel », tandis que celles minoritaires, depuis l'avènement de l'Etat moderne, seraient soumises à de fortes pressions assimilationnistes[1245].

320. L'argument, porté par W. Kymlicka, est le suivant : les membres de minorités culturelles ne peuvent prendre part, dans les mêmes conditions, à la vie publique, culturelle et politique, majoritaire. Ne parlant éventuellement pas la langue usitée (ou ne maîtrisant pas ses nuances), ne possédant pas les codes culturels nécessaires, ils ne peuvent prendre des décisions éclairées. Leur « *contexte culturel de choix* »[1246] est donc fondamentalement biaisé par rapport à un individu appartenant à la majorité culturelle. Selon l'auteur, le fondement de la prise en compte des minorités culturelles repose ainsi sur l'idée qu'il convient de renforcer, voire permettre, l'autonomie individuelle[1247]. W. Kymlicka insiste également sur un autre point, particulièrement pertinent au

---

1241 V. *supra* n°51 pour un exemple, n°194 à titre plus général.

1242 V. *supra* n°181, 260.

1243 « *[T]hey all agree that difference-blind institutions which « purport to be neutral among different groups…are in fact implicitly titled towards the needs, interests, and identities of the majority group; and this creates a range of burdens, barriers, stigmatizations, and exclusions for members of minority groups* » (W. KYMLICKA, W. NORMAN, « Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts », *in* W. Kymlicka, W. Norman, *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, 2000, p. 1, spéc. p. 4, tels que cités par A. Shachar, *Multicultural Jurisdictions, op. cit*., p. 23).

1244 W. KYMLICKA, *Multicultural Citizenship : a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 27, cité par A. Shachar, *op. cit*., p. 23 (traduction libre).

1245 A. SHACHAR, *op. cit.* p. 25.

1246 W. KYMLICKA, *op. cit.*, p. 105.

1247 W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 165, tel qu'expliqué par A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions, op. cit*., p. 24. Sur ce fondement, l'auteur prône l'adoption de « *droits polyethniques* », v. *supra* n°293. Pour une comparaison avec les pensées de C. Taylor et d'I. Young, v. A. SHACHAR, *op. cit*., p. 23 et s. Pour une critique : H. POURTOIS, « La société libérale face au défi du pluralisme culturel », *Revue philosophique de Louvain*, 2000, p. 6, spéc. p. 16 et s.

regard des objectifs du droit international privé des rapports personnels et familiaux : en plus d'être nécessaire à la création, pour chaque individu, d'un « contexte de choix » intelligible, la prise en compte de la minorité culturelle permet de satisfaire le sentiment d'identité et d'appartenance de l'individu[1248].

Cet argument ne semble pas infondé : si la norme étatique correspond à un compromis des différentes valeurs sociales, il semble assez réaliste d'admettre que toutes les voix ne peuvent être entendues, ni même émises. En outre, l'Etat repose sur un mythe fondateur[1249], et les valeurs des minorités n'entrant pas dans le narratif admis ne peuvent qu'être prises en compte au risque d'une déstabilisation du pouvoir politique. Ainsi, avoir pour objectif la protection de l'identité personnelle (dans sa dimension collective ou individuelle) ne peut être satisfait par l'application d'une norme étatique lorsque l'individu appartient à une minorité culturelle. A prendre un exemple, il apparait, au regard des objectifs de droit international privé en matière personnelle et familiale, difficile d'appliquer à des Iraniens membres de la communauté bahaïe le droit iranien étatique d'inspiration musulmane chiite. Mais toute minorité culturelle, rappelons-le, n'est pas nécessairement relevante : encore faut-il qu'elle réponde à la définition posée d'ordre non étatique[1250]. La condition de reconnaissance de la communauté par l'Etat étranger vient en effet considérablement limiter le nombre de minorités culturelles relevantes.

3) La norme étatique repose sur des considérations étrangères aux objectifs du droit international privé

321. Que la norme étatique réponde à d'autres considérations que culturelles, cela est certain. Les considérations sur lesquelles se fonde la norme étatique peuvent être étrangères aux objectifs du droit international privé. Dans ces cas-là, la norme socioculturelle peut être, dans certains cas, utilement recherchée ailleurs que dans l'Etat.

Nous avons déjà pu admettre que le critère de la nationalité, en droit international privé, ne reposait pas uniquement sur des considérations d'ordre culturel[1251]. Même lorsqu'il est distingué, par l'Etat, de la citoyenneté, le concept est nécessairement influencé par des considérations étatiques pouvant éventuellement entrer en contradiction avec les objectifs de droit international privé.

A titre d'illustration emblématique, il est possible de se référer à l'Etat israélien. Celui-ci connait différentes normes en droit de la famille, fonction des différentes « nationalités » des individus. Mais surtout, la définition de la « nationalité juive » fait l'objet de visions divergentes entre l'Etat israélien et le grand Rabbinat, dépendant de considérations politiques diverses. Au regard des objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale, rien ne laisse présager que la définition étatique de la nationalité soit plus pertinente que celle prônée par le grand Rabbinat (et inversement). On citera à ce titre J. Pousson-Petit :

« *[q]ui est juif ? Il faut rappeler que l'Etat israélien distingue la citoyenneté de la nationalité (arabe, druze, juive). L'identité juive donne lieu à des discussions passionnées entre le Ministère de l'intérieur et le grand Rabbinat. Le Ministère de l'intérieur adopte une définition très souple. Est reconnu juif celui ou celle qui est né(e) de père et mère*

[1248] W. KYMLICKA parle ainsi d'« *an intelligible context of choice, and a secure sense of identity and belonging* » (*Multicultural Citizenship…, op. cit.*, p. 105).
[1249] V. *supra* n°61 et s.
[1250] V. *supra* n°203, pour une conclusion intermédiaire.
[1251] V. *supra* n°296.

juifs ainsi que toute personne non juive de naissance qui a été convertie par un rabbin appartenant à la mouvance orthodoxe. Pour un converti à l'étranger, le Ministère reconnaît l'identité juive même si le rabbin ne se rattache pas au courant orthodoxe. Le Grand Rabbinat ne reconnaît comme juive que la personne née d'une mère juive ou convertie au judaïsme selon la loi juive, la « halakhah », par un rabbin orthodoxe. Un individu converti par un rabbin libéral n'est pas considéré comme juif. Il ne pourra donc pas contracter mariage devant lui et ses enfants ne seront pas admis comme juifs »[1252].

322. On remarquera que la norme socioculturelle non étatique peut, dans certaines hypothèses, mieux satisfaire aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale.

Premièrement, permanence et continuité ne sont pas les caractéristiques des seules normes politiques. Dissociée des aléas de nature politique, la norme socioculturelle peut même éventuellement paraitre plus stable que la norme étatique[1253]. A ce titre, une distinction entre la matière personnelle et celle familiale, fondée sur l'idée que la permanence serait l'apanage de la norme étatique et qu'ainsi la matière personnelle serait nécessairement liée à la norme étatique, ne saurait être retenue à ce stade.

Quant à la désignation d'un environnement affectif, la norme socioculturelle non étatique peut jouer un rôle essentiel. A prendre l'exemple emblématique des Etats anciennement colonisés par la France, l'état civil étatique est rarement la référence principale quand il s'agit de la construction de l'identité personnelle :

« *[l]a colonisation a également introduit la conception française de l'état civil dans de nombreux pays en Afrique. Lors de leur indépendance ces Etats n'ont pas renié cette vision particulière de l'identification des personnes. L'Algérie par exemple a retenu les principes fondamentaux de la législation antérieure. Il en va de même en Afrique noire francophone, même si on doit constater que la greffe française n'a pas réussi. L'état civil ne revêt aucune importance pour l'Africain. D'autres moyens d'identification existent parallèlement. On peut faire le même constat de carence dans les Départements et Territoires d'Outre-mer, notamment en Guyane. L'état civil n'est pas adapté aux mentalités* »[1254].

Enfin, si la loi étatique représente parfois difficilement le « milieu culturel et social » d'intégration, elle peut également ne pas répondre à celui « d'origine » de l'individu. La loi étatique peut en effet être le véhicule d'une « *charte socio-juridique commune fabriquée en vue de garantir les valeurs construites ou reconnues par l'Etat même* »[1255]. Or, ces valeurs sont bien souvent liées à la manière de vivre ensemble, au présent et à l'avenir ; « *[l]e passé est une idée à surmonter pour des raisons politico-idéologiques* »[1256]. La norme étatique prend ainsi difficilement en compte les normes socioculturelles des pouvoirs ou ordres normatifs antérieurs au pouvoir étatique (minorités nationales, à l'exception des peuples

[1252] J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 911, spéc. p. 981.
[1253] Sur la *halakha*, qui est peut-être à cet égard un cas particulier : L. PANAFIT, « La Halakha comme problématique de la connaissance », *in* F. Alvarez-Pereyre, L. Panafi (dir.), *Le droit interne hébraïque*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2004, p. 7.
[1254] J. POUSSON-PETIT, *op. cit.*, spéc. p. 982.
[1255] S. TZITZIS, « Le "Volksgeist" entre philosophie politique et philosophie du droit. Le cas de l'Ecole historique du droit », *[sens public]*, 02/02/2007.
[1256] *Ibid.*

autochtones pour les Etats anglo-saxons[1257]) et qui pourtant peuvent être des cadres essentiels à la construction de l'identité de l'individu, en l'inscrivant dans un collectif ancré dans une certaine continuité et tradition historiques.

L'ensemble de ces éléments ne vient pas nécessairement disqualifier la norme étatique. Mais il met en lumière la nécessité, du moins dans certains cas, et particulièrement en matière personnelle et familiale, de penser la communauté socioculturelle non étatique. Celle-ci est en effet, dans ces mêmes cas, le gage du respect de l'identité culturelle de l'individu : la norme étatique repose en effet sur la culture de la majorité et ne peut prendre en compte les visions collectives contraires à son mythe fondateur ; en outre, les considérations sur lesquelles elle repose peuvent ne pas permettre au mieux la réalisation des objectifs poursuivis en droit international privé pour les rapports personnels et familiaux.

323. Conclusion de la section. La communauté non étatique, en matière personnelle et familiale et pour les besoins du droit international privé, est socioculturelle. Cette condition, propre à cette matière, vient s'ajouter aux exigences et conditions jusqu'alors dégagées.

Si la référence culturelle n'est pas inconnue du droit international privé et a fait l'objet de travaux plus ou moins récents, elle reste plutôt hasardeuse : qu'on l'envisage par le biais individuel ou collectif, son fondement reste incertain ; en outre, si, en droit international privé, la prise en compte de la dimension culturelle sur le versant collectif apparait plus satisfaisante que sur le plan individuel, sa traduction par les méthodes conflictuelles semble délicate : comment désigner une « culture » ? Si le rattachement de la nationalité est parfois compris comme le rattachement culturel par excellence, il est cependant marqué par une grande équivocité, fondement de son succès passé.

La culture n'est cependant pas à écarter, mais elle doit nécessairement être pensée en lien étroit avec un cadre de référence social, qui se conçoit nécessairement au regard d'un environnement particulier, dans lequel l'Etat joue un rôle qu'on ne peut ignorer. La norme socioculturelle ainsi construite permet de répondre aux objectifs du droit international privé : la culture a une dimension normative, vient structurer l'identité personnelle, protéger les intérêts des tiers et, sous certaines modalités précises (institutions particulières, groupe restreint), fait preuve d'une effectivité difficilement niable.

Si la norme étatique peut être une norme socioculturelle, toute norme socioculturelle n'est pas nécessairement étatique : lorsque l'Etat ne renvoie pas (au sens large) lui-même à des normes socioculturelles, la norme étatique rend nécessairement compte d'une culture majoritaire, de laquelle peuvent être exclues des minorités culturelles, notamment lorsque les valeurs véhiculées par ces dernières sont difficilement compatibles avec celles du groupe majoritaire. Enfin, certaines considérations sur lesquelles repose la norme étatique peuvent entrer en contradiction avec les objectifs poursuivis par le droit international privé. Il convient à ce titre de démentir une affirmation qui pourrait être énoncée un peu vite : la norme non étatique peut être plus stable que celle étatique, et mieux répondre au besoin d'intégration dans un environnement affectif, comme à celui, puisque les deux sont liés, de structuration de l'identité personnelle.

[1257] V. *supra* n°118.

Il est ainsi possible d'affirmer le besoin de penser la communauté socioculturelle non étatique pour répondre aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale. Certaines caractéristiques de celle-ci peuvent être mises en lumière afin de pouvoir penser son appréhension par les méthodes conflictuelles.

325. La dimension non étatique ne se pense pas uniquement à l'échelle de la norme ; en matière personnelle et familiale, elle emprunte les traits de la communauté socioculturelle. Une telle approche est nécessaire et se fonde sur des considérations propres à la matière, qu'il convient de rappeler brièvement : respect de la dimension collective de l'identité personnelle, protection des intérêts des tiers (solidarités familiales), gage de l'effectivité de la norme non étatique (sanctions sociales).

Le droit international privé pourrait techniquement se contenter, pour la mise en œuvre de ses méthodes, de la norme non étatique, sans penser la communauté non étatique[1258]. Mais se concentrer sur la norme peut laisser dans l'ombre de nombreux phénomènes non étatiques répondant cependant aux conditions retenues jusqu'ici ; ainsi comment saisir la norme non étatique lorsque celle-ci n'emprunte pas les traits de la norme étatique (écrite, publique, produit d'une autorité reconnue) ? S'attacher à la communauté non étatique peut permettre de dépasser certaines limites inhérentes à une approche centrée uniquement sur la norme.

Le besoin de penser le non-étatique sur le plan de la communauté ainsi rappelé, il apparait possible et judicieux de venir préciser certains traits de la communauté socioculturelle. Plus que de refléter fidèlement les réalités sociales, tâche dont la réalisation est de toute façon impossible, il s'agit de construire un archétype, utile à la construction d'un régime spécifique de la norme non étatique, qui sera l'objet de la seconde partie.

Une telle construction repose sur de nombreux travaux scientifiques déjà effectués : de Durkheim à G. Teubner, nombreux auteurs inscrivant leurs travaux dans le courant sociologique du droit ont pu dégager deux modèles idéaux de communauté, empruntant par exemple, sous la plume de Tönnies, les appellations de *Gesellschaft* et de *Gemeinschaft*[1259] ou sous celle de Durkheim celles de sociétés à « *solidarité organique* » et de sociétés à « *solidarité mécanique* »[1260]. La communauté socioculturelle édifiée pour les besoins du droit international privé en matière personnelle et familiale s'inscrit dans la seconde branche de l'alternative proposée par chacun de ces auteurs (I).

Forte de cette inscription dans une tradition depuis longtemps éprouvée, l'archétype de la communauté socioculturelle non étatique répond à certains traits particulièrement importants en droit international privé, que sont ses caractères holiste, dense, local et restreint (intimement liés les uns aux autres). Ces caractères, déduits des objectifs de droit international privé en matière personnelle et familiale, ont une incidence particulière sur la technique conflictuelle (II).

1258 V. *supra* n°94 et s.

1259 F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Darmstadt (Allemagne), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963.

1260 E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1960. Cela ne signifie pas que les travaux des deux auteurs ne puissent être diamétralement opposés sur certains points. V. S. BRINT, « Gemeinschaft Revisited : A Critique and Reconstruction of the Community Concept », *Sociological Theory*, 2001, p. 3 : « *[t]wo lines of development of the community concept exist in sociology – only one of which remained faithful to Toennie's original formulation. The second approach, beginning with Durkheim's Suicide ([1897] 1951), sought to extract more precise and narrowly defined variables from the community concept* » (spéc. p. 3).

I- La communauté socioculturelle comme archétype classique, opposé à la communauté libérale

326. Comme le soulignent, entre autres, A. et R. Mucchielli, « *[c]hacun de nous a plusieurs groupes d'appartenance (famille, village, groupe professionnel, équipe sportive, cellule politique ou religieuse, etc.). Par son appartenance à un groupe, l'individu participe à une vie collective qui l'imprègne de certaines valeurs, de normes (règles de conduite), de stéréotypes (jugements tout-faits sur les autres groupes), etc. et subit une pression de conformité à laquelle il se plie habituellement sans problème* »[1261]. Si l'extrême diversité des groupes d'appartenance est difficilement niable, une distinction est souvent effectuée, par les sociologues et les sociologues du droit, entre communautés organiques et mécaniques (à reprendre les termes durkheimiens). Nous ne reviendrons pas sur l'ensemble des oppositions binaires développées par ces auteurs (statut/contrat chez Maine[1262], solidarité mécanique/solidarité organique chez Durkheim, *Vergemeinschaftung/Vergesellschaftung* chez Weber[1263]), ni sur leurs différences exactes. Deux points nous semblent toutefois particulièrement dignes d'être soulignés. D'une part, il s'agit d'appréhender un modèle idéal, et non d'adopter une approche historique ou sociologique. Sur le terrain du droit international privé, seul un archétype permet d'embrasser des communautés socioculturelles marquées par leur diversité (groupe ethnique ou groupe religieux, proposant notamment différents récits quant à leur universalité) et de les soumettre à un régime commun. D'autre part, les oppositions binaires évoquées pourraient reprendre une opposition entre communauté partielle et communauté holiste, ou entre communauté d'intérêts et communauté identitaire, à laquelle il a déjà été fait plusieurs fois allusion dans ce travail[1264]. On s'appuiera majoritairement sur les travaux particulièrement éclairants de T. Fisher[1265] : après une brève présentation de ceux-ci (A), leur pertinence pour notre construction, limitée au droit international privé en matière personnelle et familiale, sera explicitée (B).

A- Présentation de l'opposition entre modèle culturel et modèle libéral (T. Fisher)

327. Selon T. Fisher, proposant une opposition résolument schématique, les communautés humaines peuvent se concevoir sur un axe, dont l'un des extrêmes serait la communauté culturelle, et l'autre la communauté d'intérêts. Ces deux modèles reposent sur des conceptions antagonistes (un modèle « culturel », opposé au modèle « libéral ») qui se déploient également et logiquement au sujet de la définition du droit et de l'être humain, ces éléments étant interdépendants[1266]. Comme le souligne H. Muir Watt, la distinction entre ces deux modèles est bienvenue, les auteurs

---

1261 A. et R. MUCCHIELLI, tels que cités par le Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL), v°Appartenance (sens I A 3), *in Trésor de la langue française informatisé (TLFI)* (https://www.cnrtl.fr/definition/appartenance, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

1262 H. MAINE, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, Londres, J. Murray, 1930, spéc. p. 190 et s.

1263 M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1972.

1264 V. *supra* (n°108 et s. ; n°308).

1265 T. FISHER, « Nomos without Narrative », *Theoretical Inquiries in Laws*, 2008, p. 473 et s. ; « A Nuanced Approach to the Privatization Debate », *Law & Ethics of Human Rights*, Volume 5, Issue 1, 2011, p. 71 et s.

1266 T. FISHER, « Nomos without Narrative », *op. cit.*, spéc. p. 475 : « *the divergences in the two models' visions not only derive from their opposing positions on the political spectrum, but also result from differing ontological premises regarding law, community, social life, and the human experience* ».

contemporains se référant au pluralisme juridique s'appuyant sur l'un ou l'autre de ces modèles sans nécessairement justifier leur approche[1267].

1) Le modèle culturel

328. Le modèle culturel suppose une communauté comprise comme une « communauté identitaire », et non comme une communauté d'intérêts. A la différence de cette dernière, elle a vocation à satisfaire le besoin humain de stabilité sociale, et représente un peuple à tendance homogène. Il s'agit de la communauté socioculturelle jusqu'à présent décrite et reposant sur une unité d'histoire, de langue, de conscience et un narratif commun au sens de R. Cover[1268].

L'équivalent durkheimien est la société à solidarité mécanique, fondée sur la ressemblance, le peu de différenciations individuelles[1269]. Il s'agit d'unités sociales de petite taille, réunies par une unité de croyances et de sentiments et marquées par une importante « conscience collective ». Comme le souligne l'éminent sociologue, « *[l]a société enserre de plus près l'individu, le tient plus fortement attaché à son milieu domestique et par conséquent aux traditions : la personnalité individuelle y est absorbée dans la personnalité collective* » ; « *l'individu ne s'appartient pas, c'est littéralement une chose dont dispose la société* »[1270].

Ce modèle repose sur une conception du droit comme l'expression d'une vision collective du bien[1271]. Le pouvoir normatif est conçu comme foncièrement collectif, ce qui ne suppose pas par ailleurs qu'il soit nécessairement démocratique. Il suffit que les individus ayant une fonction normative soient considérés comme représentants de la communauté. Dans cette vision, la norme n'est pas conçue comme un outil que les individus auraient à leur disposition, mais précède tout choix individuel, puisqu'elle est comprise comme un réseau de significations préexistant.

Quant à la conception de l'être humain, celui-ci est conçu comme fondamentalement lié aux autres individus, comme pris dans des solidarités sociales résultant en une série d'obligations. Les normes juridiques sont perçues comme implicites et impératives. L'identité de l'individu est intimement liée à l'identité du groupe[1272].

1267 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°337, p. 337 et s. : « *La mise en œuvre du pluralisme juridique, qui accepte la juridicité d'autres ordres normatifs et donc leur vocation à régir sous des aspects qui peuvent être très divers, la vie de leurs membres, soulève immédiatement la question des paramètres permettant de les identifier comme tels. Or, alors que l'on pourrait s'attendre à ce que la littérature pluraliste consacrée à ces paramètres soit très approfondie, Talia Fisher observe, dans une étude d'ordre sociologique et théorique sur le* nomos *non étatique, qu'elle est au contraire insuffisamment attentive à la diversité phénoménologique des groupes. C'est ainsi que le multiculturalisme embrasse généralement une phénoménologie « dense » des groupes et retient à cet égard des critères identitaires (ethniques, culturels, religieux) pour les circonscrire, plutôt que l'existence de finalités partagées, par exemple. En revanche, un autre modèle, celui de l'ordre juridique privé (ou « privatisé ») qui sous-tend la revendication de l'autonomie de la* lex mercatoria*, par exemple, fait reposer l'existence du groupe sur des critères plutôt fonctionnels ou utilitaires, comme la nécessité d'assurer des biens communs tels le règlement des litiges, ou la solution de problèmes d'action collective. Le premier modèle est globalisant ou totalisant en ce sens que la communauté se reconnaît une autorité pour régler tous les aspects de la vie de ses membres, tandis que le second se contentera d'une vocation partielle et n'exigera aucune exclusivité* ».

1268 V. *supra* n°307 ; T. FISHER, *op. cit.*, spéc. p. 487.

1269 Sur ce point, l'auteur s'oppose à Tönnies, qui conçoit la différenciation au sein de son concept de *Gemeinschaft*. V. F. J. DE LUCAS, trad. N. Arnaud-Duc, A.-J. Arnaud, v°Solidarité, *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*.

1270 E. DURKHEIM, *op. cit.*, tel que cité par A. BERNARD, « Fleurs de papier, fleurs de tombeaux », *op. cit.*, spéc. p. 20.

1271 T. FISHER, *op. cit.*, spéc. p. 496.

1272 *Ibid.*, spéc. p. 487 : « *[u]nder this paradigm, people need community not only to attain various material or intellectual ends, but also for identity and self-reference. The plural identity of the group—the shared spirit and communal normative apparatus—are part of*

329. L'auteure expose les faiblesses ou risques d'un tel modèle. On retiendra notamment la difficulté de sortir de la communauté culturelle (par exemple l'impossibilité pour une personne de confession juive de renier sa religion) – son absence de libéralisme[1273] –, ainsi que le risque de tensions politiques fortes : les rôles sociaux dépendant de structures constantes et rigides, les intérêts des groupes minoritaires (notamment tendant vers plus d'égalité) peuvent ne pas être entendus ou considérés. Les intérêts d'un groupe majoritaire et homogène dominent alors, au détriment de l'intérêt social collectif.

2) Le modèle libéral

330. La communauté n'existe, dans le modèle libéral, que pour répondre à un besoin particulier interindividuel qui ne peut être résolu par la voie du consensualisme pur, par exemple la résolution des conflits. Il s'agit d'une agrégation d'individus engagés dans des relations réciproques de type contractuel. Cette configuration permet la mobilité des membres du groupe, qui sont libres de sortir de la communauté. Elle se concentre sur certains comportements et non sur les personnes en tant que telles. Elle est conçue comme une association temporaire au service d'un bénéfice mutuel. La communauté est donc purement instrumentale et fonctionnelle, et répond à une logique de marché : les communautés les moins demandées se verront désertées au profit d'autres communautés considérées comme plus efficaces, comme répondant mieux aux besoins individuels.

Dans ce modèle, le droit est l'incarnation de la souveraineté individuelle, l'expression de choix individuels fondés sur des considérations rationnelles. Le droit est un instrument au service des individus et peut être ramené à la figure contractuelle. Il n'est aucunement question de la promotion d'une vision collective du bien, et le droit n'est pas un réseau de significations : il est fragmenté et foncièrement pluraliste[1274].

L'être humain est nécessairement conçu comme rationnel[1275] gouverné par la poursuite d'intérêts purement individuels. Le lien avec les autres individus, la collaboration, dépend uniquement de la poursuite de fins individuelles impossibles à obtenir sans effort commun.

331. Les faiblesses d'un tel modèle selon l'auteure sont les possibles défaillances du marché de la résolution des conflits et de l'activité normative : la recherche de l'efficacité économique ne peut être uniquement atteinte par le jeu des règles du marché ; l'intervention de l'Etat serait nécessaire pour un type de biens particuliers, auxquels se rattachent le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, que sont les biens communs (paix et contrôle sociaux)[1276]. En outre, adopter un tel modèle revient à « corrompre »[1277] la conception dominante du droit : instrument aux mains des parties,

---

community members' "*self understanding*". *The community constitutes a* "*causal component in the makeup of the self* ". *Individuals are also defined by others according to the cultural communities they inhabit* ».

1273 V. *supra* n°231, pour des développements sur le « droit d'exit ».

1274 T. FISHER, *op. cit*., p. 490. Rappr. la conception de G. Teubner (*Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012).

1275 *Idem*, fondant la distinction entre les deux modèles sur la relation de confiance ou de logique : M. YAYLALI, « Community and law : identifying the locus of law in community » Conference Paper 25th IVR World Congress: Law, Science and Technology, Frankfurt am Main, 15–20 August 2011, *Paper Series Univ.-Bibliothek Frankfurt am Main,* n° 115, 2012, p. 2 (https://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/searchtype/series/id/16178/start/0/rows/10/yearfq/2012/docId/24973, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

1276 L'auteure se réfère sur ce point aux travaux de P. A. SAMUELSON, « The Pure Theory of Public Expenditure », *Review of Economics and Statistics*, 1954, p. 387. Nous serions bien incapable de formuler une quelconque critique.

1277 Le terme est de l'auteure.

« dépeçable » à volonté, il n'aurait aucunement vocation à effectuer une hiérarchisation des valeurs sociales et ne pourrait plus être compris, à cet égard, comme un ensemble systémique.

332. Ces deux modèles s'opposent ainsi radicalement, et peuvent s'appuyer sur une longue tradition, rappelée par l'auteure. Ainsi, les modèles culturel et libéral prennent, sous la plume du sociologue allemand Tönnies, les appellations de communauté (*Gemeinschaft*) et de société (*Gesellschaft*). Selon ce dernier auteur, les individus seraient reliés de manière plus souple dans la « société », par des intérêts communs, alors qu'ils seraient moralement et intensément reliés dans la « communauté ». Alors que la société serait un agrégat mécanique et artificiel, la communauté est intrinsèquement organique[1278]. Ces deux formes répondraient à deux états d'esprit, « naturel » et « rationnel », qui seraient présents dans toute forme de vie sociale[1279]. On le comprend, il s'agit fondamentalement de la même distinction.

B- La limitation du modèle culturel à la matière personnelle et familiale

333. Le concept de communauté socioculturelle, dégagé pour les besoins du droit international privé et en matière personnelle et familiale, répond sans surprise au modèle culturel de T. Fisher : les relations personnelles et familiales sont comprises comme au cœur de l'identité individuelle, se référant à une identité collective ; les intérêts des tiers sont particulièrement dignes de respect, les individus étant conçus comme interdépendants ; l'identité collective de l'ordre juridique français est directement impliquée, montrant l'existence d'un lien étroit entre identité collective et individuelle.

Une autre voie aurait pu être suivie : celle non pas de partir des directives d'une matière spécifique (la matière personnelle et familiale), mais de distinguer en premier lieu entre les deux types de communautés. Telle est par exemple l'approche de G. Teubner[1280]. Sans suivre l'auteur dans son raisonnement (et tout particulièrement sur l'exclusion du droit international privé pour satisfaire le besoin de protection des communautés traditionnelles[1281]), on peut se demander si l'adoption du modèle culturel en matière personnelle et familiale ne pose pas un problème général de cohérence du droit international privé, au regard de la généralité intrinsèque des conceptions soutenant le modèle culturel. En d'autres termes, il s'agirait plutôt de soumettre l'ensemble du droit international privé à l'un ou l'autre modèle.

334. On répondra cependant par la négative.

A titre général, on remarquera que ces deux modèles reposent sur des idéologies (liberté individuelle et déterminisme social)[1282], qui sont *per se* des représentations partielles de la réalité et nécessitent

---

1278 F. TÖNNIES, « *Gemeinschaft and Gesellschaft », in* T. Parsons, *Theories of Society*, Tome I, *The Free Press of Glencoe*, New York, 1961, p. 191. On remarquera que ces termes sont employés différemment chez Durkheim.

1279 Tönnies utilise le terme « instinctif » (*Gemeinschaft und Gesellschaft*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt (Allemagne), 1963, spéc. p. 8 et s.).

1280 V. *supra* n°52.

1281 V. *supra* n°111.

1282 L'idéologie est entendue comme « *une conception ou une image de la réalité sociale impliquant des pratiques sociales spécifiques qui en rendent compte de façon plus ou moins adéquate* » (A. LAJOIE, « Surdétermination », *in* A. Lajoie, R. Macdonald, R. Janda, G. Rocher (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Les éd. Thémis, 2004, p. 85, spéc. p. 92).

donc une délicate mais nécessaire articulation[1283]. La question pertinente est donc celle des modalités de l'articulation entre modèle culturel et modèle libéral.

Plus spécifiquement, l'articulation entre les deux modèles fonction de la matière dans laquelle s'inscrit le litige et au sein des méthodes conflictuelles de droit international privé est l'articulation la plus satisfaisante.

On aurait pu soutenir que l'articulation entre les deux modèles répond à la distinction entre le droit international privé et le droit international public. Alors que le premier pourrait se satisfaire du modèle libéral, dans la mesure où il s'intéresse en premier lieu aux intérêts privés, le droit international public s'intéresserait aux groupes répondant au modèle culturel. En témoignerait dans cette manière l'existence du concept de « peuple » ou encore son intérêt pour le droit des minorités. Or, dans cette constellation, aucune articulation des modèles n'est en réalité effectuée, puisque les matières répondent à des questions distinctes[1284]. Œuvrer à la protection d'une minorité linguistique n'a par exemple aucune incidence sur le terrain du droit international privé.

Il convient alors de considérer que le droit international privé doit articuler les idéologies en son sein, et la question est alors celle de la configuration choisie. Il est en effet possible de penser cette articulation, puisque le droit international privé est marqué par son caractère méthodique[1285] : doit-on affirmer l'individualisme et après le tempérer (autonomie de la volonté limitée par l'ordre public et les lois de police – ce qui laisse la place éventuellement aux lois de police étrangères, à un ordre public davantage transnational) ? Ou l'inverse (rattachement à une communauté contrebalancée par une compréhension plus libertaire ou individualiste de l'ordre public : intervention des droits fondamentaux individuels, *exit-right*) ? En réalité, la première option n'est pas satisfaisante, nous l'avons déjà montré à l'occasion de la protection de l'identité individuelle : faire le choix de l'autonomie de la volonté réduirait à néant la poursuite des objectifs poursuivis par la règle de conflit de lois en matière personnelle et familiale[1286].

335. Ainsi, la distinction fonction de la matière dans laquelle s'inscrit le litige (de sa perception par l'ordre juridique français) est l'option la plus satisfaisante. Cela ne signifie pas que le modèle culturel n'est pas pertinent en matière contractuelle. Mais d'autres considérations peuvent entrer en jeu, invitant à une définition propre de la norme et de la communauté pertinentes (importance des prévisions ponctuelles des parties sur une opération qui ne les engage pas dans leur être, intérêts des tiers moins importants…). La distinction fonction de la matière permet de construire un équilibre plus subtil entre les différentes conceptions exposées, au regard de certains objectifs précis.

1283 V. pour un raisonnement identique sur la même problématique, qui réapparait ici sous un autre jour, notre conception de l'identité individuelle *supra* (n°212 et s.).

1284 M. FORTEAU, « Forum shopping et fragmentation du droit applicable aux relations internationales - Le regard de l'internationaliste publiciste » *in* M. Forteau (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales - regards croisés*, Pedone, 2011, p. 143, spéc. p. 148 et s. : le juriste internationaliste publiciste pense le « conflit » comme le « *constat d'incompatibilité entre deux normes applicables* » et non en termes de *« concurrence de deux prétentions législatives à régir la même relation juridique* ».

1285 K. KNOP, R. MICHAELS, A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », *Stanford Law Rev*iew, 64, 2012, p. 589, spéc. p. 628.

1286 V. *supra* n°225 et s.

A ce titre, retenir le modèle culturel pour admettre, en matière personnelle et familiale, la relevance de normes et communautés non étatiques semble entièrement justifié. De ce modèle culturel peuvent être retenues certaines particularités utiles à la construction du régime de la norme non étatique dans les rapports internationaux personnels et familiaux.

II- Les incidences du modèle culturel sur les techniques du droit international privé

336. Certaines caractéristiques phénoménologiques[1287] du modèle culturel ont une incidence directe sur le régime de la norme non étatique en droit international privé. Il s'agit en premier lieu des caractères holiste et dense de l'ordre normatif de la communauté socioculturelle, permettant le jeu de la méthode bilatérale (A). La communauté socioculturelle est par ailleurs locale et restreinte, permettent d'argumenter en faveur du maintien de l'échelle étatique pour penser les méthodes conflictuelles (B). Rappelons qu'il s'agit là d'un archétype et en aucun cas d'une réalité sociologique ou historique ; ces caractères permettent de penser de manière satisfaisante la coordination avec des ordres non étatiques ainsi que de penser le rapport entre ceux-ci et les différents Etats, peu important leur éventuelle prétention à l'universalité.

A- La communauté socioculturelle est un ordre normatif holiste et dense, permettant le jeu du bilatéralisme

337. Au modèle culturel répond, selon T. Fisher, une communauté que l'on pourrait qualifier de « dense » et « holiste »[1288] : celle-ci a vocation à réglementer l'ensemble des activités humaines et à saisir l'individu dans toutes les facettes de sa vie sociale, au nom d'une vision du monde n'admettant que rarement la pluralité des récits. Sa vocation est totale et n'est pas limitée à une activité ou à un « secteur », pour reprendre le terme de G. Teubner[1289], déterminé.

L'ordre normatif culturel repose largement sur l'implicite (phénomène de socialisation) et est perçu par les individus comme imposé, non négociable. A ce titre, il est difficile d'en sortir effectivement, voire de penser la sortie du groupe.

Ainsi, si certaines communautés libérales connaissent des normes relatives à l'identité de l'individu, elles ne valent que pour les besoins de cette communauté, et ont ainsi une vocation partielle. A reprendre un exemple déjà évoqué[1290], l'ordre sportif connait un ensemble de normes relatives à l'identité sexuelle. Mais celles-ci ne valent que dans l'optique du secteur d'activité dans lequel l'ordre sportif international se déploie, soit concrètement pour l'organisation des compétitions sportives internationales. Elles n'ont pas vocation à déterminer l'individu dans son ensemble et tolèrent des récits concurrents relatifs à l'identité personnelle.

338. Cette distinction est par ailleurs connue de la doctrine du droit international privé, comme le montrent ces propos de J. Guillaumé (n'envisageant cependant pas prioritairement le cas des

---

[1287] Il s'agit du terme employé par T. FISHER (« A Nuanced Approach to the Privatization Debate », *Law & Ethics of Human Rights*, Volume 5, Issue 1, 2011, p. 71, spéc. p. 85 et s.).
[1288] T. FISHER, « Nomos… », *op. cit.*, p. 488 et s. (« *all-encompassing* »).
[1289] V. *supra* n°110 et s.
[1290] V. *supra* n°308.

« ordres juridiques » non étatiques « internes », l'opposition cardinale de l'auteure étant celle entre ordre juridique national et ordres juridiques externes non étatiques) :

« *[c]es normes [des ordres juridiques externes] ne tiennent donc compte que d'une facette de la personne, celle pour laquelle leur ordre juridique a été créé. L'individu sera alors traité comme un sportif, un commerçant, etc. et non pas comme une personne à part entière. […] Dans l'ordre juridique national, chaque individu est également traité selon une multitude de statuts : selon le temps (enfant/parent), selon l'activité (professionnel/consommateur), etc. Toutefois, la complétude de l'ordre étatique permet de concilier de façon harmonieuse la différenciation des statuts, de façon à ce qu'il n'y ait pas d'interaction : par exemple, le statut de parent ne heurte ni son statut de salarié ni celui de consommateur* »[1291].

339. Ce critère de distinction est essentiel : les communautés partielles (et non holistes) se concentrant sur un domaine d'activité restreint, l'élaboration de règles unifiées pour régir ces activités à l'échelle mondiale ou transnationale est utile et réalisable. Ainsi, comme le souligne P. Gannagé à propos des échanges économiques, ceux-ci appellent des règles unifiées, ou homogènes, facilitant les échanges[1292]. Si l'auteur se fonde sur le caractère économique pour expliquer l'existence de règles unifiées, on aurait également pu se fonder sur le caractère partiel de ces ordres normatifs (les deux allant bien souvent de pair[1293]), leur « rationalité particulière »[1294]. Un réseau « transnational » d'anciens étudiants appelle également des règles homogènes pour le déploiement de son activité restreinte. Or, l'existence de normes unifiées appelle une coordination qui n'est pas de l'ordre des méthodes conflictuelles, qui ont précisément pour objectif la gestion de la diversité des droits[1295].

Au caractère holiste et dense de la communauté socioculturelle répond ainsi l'option méthodologique inhérente aux méthodes conflictuelles, qui est <u>la soumission du rapport litigieux à une loi unique</u>. Par ailleurs, le jeu de la volonté apparait à juste titre limité : la communauté socioculturelle n'est pas perçue comme choisie[1296], ses normes ne sont pas perçues comme disponibles (ainsi, l'intégration de celles-ci au contrat n'est pas envisageable[1297]). Enfin, la

---

1291 J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Préf. C. Grare-Didier, Paris LGDJ, 2011, n°802, p. 320 (y compris note 129). L'auteure cite à titre d'exemple l'ordre sportif, l'ordre de la Cour européenne des droits de l'homme ou encore celui de l'Union européenne.

1292 « *Les résistances qu'oppose dans les Etats du Proche-Orient le droit de la famille aux diverses tentatives de laïcisation contrastent ainsi avec la modernisation qui a profondément touché le droit des obligations et des biens. Certes, cette différence s'explique en raison des objectifs propres de chacune de ces branches du droit. Le droit de la famille se rattache en effet étroitement à l'identité même des personnes et s'accommode du pluralisme, alors que celui des obligations et des biens est orienté vers les besoins des échanges économiques qu'un droit homogène et unifié peut mieux satisfaire* » (P. GANNAGE, « Observations sur la laïcisation partielle d'un système juridique. L'exemple des droits proche-orientaux », *in* P. Gannagé (dir.), *Au fil du temps, Etudes juridiques libanaises et proche-orientales*, Presses de l'université Saint-Joseph, Beyrouth, 2013 p. 313, spéc. n°3, p. 314).

1293 Ainsi, il parait plus satisfaisant de retenir l'existence de *lege mercatoriae* que d'une *lex mercatoria* unique. Rappr. D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris II, 1992, n°483 et s., p. 299 et s.

1294 L'expression est de G. TEUBNER (v. *supra* n°77).

1295 Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant précise qu'en droit international privé, le terme de coordination signifie « *l'ensemble des démarches qui, tenant compte de la <u>diversité des systèmes juridiques</u> sur le plan interne comme international et des difficultés qui en résultent dans les relations privées, tendent à en atténuer les effets, pareille atténuation apparaissant comme la fin première du droit international privé* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 13e éd., 2020, v° Coordination, p. 269, déjà cité *supra* (n°31), nous soulignons).

1296 V. la pratique déjà décrite *supra* des doubles-mariages (au début du chapitre 3).

1297 V. à ce sujet, et déjà évoquée *supra* (n°259), la position de S. RAMACIOTTI, dénonçant sur un plan différent le défaut de publicité de cette possibilité dans l'ordre juridique français (*Laïcité et droit privé, op. cit.*).

communauté socioculturelle, de par son caractère holiste, peut être considérée comme « complète »[1298], permettant le jeu du bilatéralisme.

B- La communauté socioculturelle est restreinte et locale, l'échelle pertinente est l'échelle étatique

340. Contrairement aux auteurs raisonnant à partir de l'existence d'ordres juridiques non étatiques transnationaux (en matière personnelle et familiale, ces groupes sont principalement religieux : l'*Umma*[1299], les communautés juive, bahaïe, etc., sont des minorités nationales se retrouvant sur le territoire d'autres Etats, qui, notamment lorsqu'elles sont le fruit de l'immigration récente, forment des diasporas[1300]), le modèle culturel semble principalement viser les communautés restreintes ou locales. En effet, il suppose un degré d'intensité important d'interactions sociales (1), qui ne peuvent par ailleurs que s'inscrire dans un espace-temps, ce premier devant être compris comme géographiquement restreint (2).

1) Au cœur de la communauté socioculturelle : l'intensité des interactions sociales

341. Au-delà d'une « œuvre commune » à réaliser[1301], le modèle culturel suppose une interdépendance forte de ses membres, se caractérisant par l'existence d'interactions sociales intenses (fréquentes, multiples, directes).

L'exigence d'interactions sociales intenses repose sur plusieurs arguments, connaissant des nuances non négligeables entre les auteurs, mais qui peuvent pour les besoins de ce travail, être regroupés.

342. Le premier argument s'appuie sur l'idée que le modèle culturel repose sur un lien particulièrement fort entre les membres de la communauté. Tel est le cas pour Tönnies lorsqu'il pense la *Gemeinschaft* et la fait en premier lieu reposer sur l'amour familial[1302], ou pour R. Cotterrell, qui définit la communauté par le concept de confiance mutuelle interpersonnelle : « *la communauté doit être considérée comme un réseau d'interprétations des relations sociales et ce réseau d'interprétations est construit sur des relations de confiance interpersonnelle mutuelle (en un sens, il les codifie)* »[1303]. Selon l'auteur, la dépendance entre les membres de la communauté est telle que la confiance mutuelle est de l'ordre

---

1298 Sur l'exigence de complétude : v. *supra* n°74 et s.

1299 J. DEPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations » *op. cit.*, spéc. n°58 et s., p.131 et s.; « *[u]ne personne de confession musulmane relève toujours, en effet, des juridictions de l'Empire, c'est-à-dire des juridictions musulmanes. Un musulman n'est jamais considéré comme étranger en terre d'Islam* » (L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *op. cit.*, spéc. n°57, p. 278).

1300 A. CHANDER, « Diaspora Bonds », *New York University Law Review*, 2001, p. 1005 ; F.-X. LICARI, « Au-delà du pluralisme juridique : réflexions sur l'arbitrage paidéique », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 237, spéc. p. 238 (« *le mot* diaspora, *d'origine grecque, désigne depuis le début des temps modernes l'état d'un peuple dispersé géographiquement, donc installé dans des organisations politiques différentes, mais qui maintient, en dépit de cette dispersion, une forme d'unité et de solidarité* »).

1301 M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, 1925, reproduit *in Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 89, spéc. p. 96.

1302 F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Darmstadt (Allemagne), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963, spéc. p. 8. « *For Tönnies, the bonding element of Gemeinschaft is love or easy adjustment to others when people « speak together and think along similar lines » ; hence, mutual understanding links people who « remain and dwell together and organize their common life »* (R. COTTERRELL, *Law's Community : Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995, spéc. p. 326).

1303 R. COTTERRELL, « A Legal Concept of Community », *Canadian Journal of Law and Society*, Fall, vol. 12, n°2, 1997, p. 75, spéc. p. 87 (traduction libre ; nous soulignons). V. déjà, et plus précisément : *Law's Community : Legal Theory in Sociological Perspective*, *op. cit.*

de la nécessité[1304]. La communauté socioculturelle est fondée sur un ensemble de valeurs, induisant certains comportements, souvent de manière implicite, fondant à leur tour une certaine prévisibilité et sécurité normative, rendant possible la relation de confiance[1305]. La relation de confiance est en outre elle-même une valeur directement prônée par la communauté. Elle nécessite son inscription dans le temps, une construction longue, fondée sur des interactions sociales passées et encourageant les interactions futures.

343. Sans utiliser le concept de « confiance mutuelle », M. Taylor pose quant à lui trois attributs de la communauté : l'existence de valeurs et croyances communes, d'interactions sociales directes et multiples (ou, selon les termes de l'auteur, diffuses), ainsi que l'existence de relations réciproques au sens fort (aide mutuelle, partage, générosité)[1306].

Plus prosaïquement, on remarquera que les interactions sociales intenses (directes, fréquentes, multiples ou diffuses) permettent la diffusion et le respect des normes, leur effectivité : celles-ci sont l'objet d'un processus de socialisation, et sont sans cesse explicitement ou implicitement rappelées et sanctionnées au gré des interactions sociales[1307]. La communauté socioculturelle est typiquement le lieu d'émergence et d'expression de normes coutumières[1308], fondées sur la répétition dans le temps et dans l'espace de comportements, ne nécessitant pas de corps écrit de règles. Hors du cadre étatique, la communauté socioculturelle nécessite ainsi davantage qu'une confiance passive en un ordre normatif impersonnel[1309].

2) Les interactions sociales s'inscrivent dans un espace géographique restreint

344. Si pour M. Taylor, le modèle culturel se traduit nécessairement par l'existence de communautés restreintes et stables, R. Cotterrell argumente qu'il serait possible, et plus conforme à l'époque contemporaine, de retenir l'existence de communautés socioculturelles trans- ou internationales[1310].

« *La confiance interpersonnelle est difficile à maintenir lorsque les relations sociales deviennent distantes, séparées par une importante distance morale. Cependant, la distance géographique n'est pas nécessairement déterminante. Des*

1304 L'argument est ainsi d'ordre naturel. On pourrait ici nous semble-t-il tisser un lien avec l'idée de Savigny selon lequel l'être humain serait un être « défectueux », soit dépendant (selon l'auteur, uniquement en matière de droit de la famille, tel qu'il comprend la matière, v. *supra* n°220).

1305 M. YAYLALI, « Community and law: identifying the locus of law in community », *op. cit.*, p. 10 et s. Selon l'auteur, alors que la relation de confiance est rendue possible par un système de valeurs, qu'il soit religieux ou culturel, le système logique est soutenu par une construction logique de règles applicables.

1306 M. TAYLOR, *Community, Anarchy and Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, p. 25.

1307 V. *supra* n°173 sur la pensée de S. BENISTY sur la sanction sociale.

1308 Ou d'un éventuel « droit spontané » (P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Préf. J-M Jacquet, Paris, Economica, 2002). Selon l'auteure, le droit spontané prend racine dans un « acte originel », qui est un comportement spontané individuel, observable et « *peut se définir comme l'ensemble des règles de droit nées directement du comportement des intéressés pour répondre à leurs besoins, en l'absence de toute volonté normative* ». Elles « *apparaissent par un processus de répétition dans le temps et dans l'espace, au terme duquel se dégage une règle extérieure à ses auteurs, abstraite, générale, notoire et stable* » (n°223, p. 204, nous soulignons).

1309 N. LUHMANN a souligné l'existence d'une évolution vers davantage de complexité sociale : on passe de relations de confiance mutuelle interpersonnelles à une confiance passive dans un système impersonnel (l'Etat centralisé notamment) (*Vertrauen : Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Munich, Constance, UVK Verlag, 5ème éd., 2014, p. 60 et s.).

1310 Aboutissant au même résultat, sur le fondement de la culture (qui concernerait aussi « *des communautés qui se regroupent par centres d'intérêts et non plus géographiquement* », et notamment la « communauté des marchands ») : C. KESSEDJIAN, « Culture et droit - l'influence de la culture sur le droit international et ses développements », *in* C. Kessedjian, *Le droit international collaboratif*, Editions Pedone, Paris, 2016, p. 61, spéc. p. 65.

relations communautaires peuvent exister au sein de groupes extrêmement dispersés (un réseau international de chercheurs en est un exemple). Ce qui importe réellement, c'est la possibilité effective de communication et d'interaction personnelles entre les membres, leur permettant d'établir, d'affirmer ou d'ajuster librement leurs jugements de confiance par rapport aux autres membres. Les communautés sont envisageables là où une "échelle humaine" peut être maintenue dans les réseaux sociaux ou les systèmes d'activité sociale »[1311].

Pour l'auteur, les interactions sociales se satisfont d'une proximité « morale », et non nécessairement géographique[1312]. L'auteur cite à titre d'exemples tant des communautés locales (villes, régions, nations), que des communautés d'intérêts (professionnels, ethniques, religieux, politiques, etc.)[1313], soulignant leur grande diversité.

345. On ne s'estimera pas, pour les besoins du travail engagé, convaincue par ce point de vue. Si l'ancrage spatial local n'est pas nécessaire à la communauté (qui connait tout de même une certaine conception de l'espace-temps, mais celle-ci est d'ordre social et non géographique)[1314], la communauté normative susceptible de provoquer, au-delà d'un sentiment d'appartenance, de « véritables » conflits normatifs pour l'individu, doit s'inscrire dans un espace géographique restreint : lui seul garantit l'effectivité de la norme non étatique et donc le caractère « véritable » du conflit.

- D'une part, il est possible de douter de l'importance du degré d'intensité des interactions sociales en l'absence de proximité géographique, tout en maintenant le caractère holiste et dense de la communauté étrangère. Il semble au contraire que plus la communauté est large, moins un contrôle social « total » peut être opéré : la communauté a tendance à devenir partielle et non plus holiste et se conforme davantage au modèle libéral (les normes sont écrites, considérées comme un outil, possibilité pour l'individu de sortir de la communauté, etc.), de sorte que, nous l'avons vu, les méthodes conflictuelles ne sont pas les plus appropriées.

- D'autre part, plus la communauté est géographiquement dispersée, plus elle est au contact d'autres normativités, notamment étatiques. La norme de la communauté se voit alors concurrencée, au moins par un autre Etat étranger, parfois en mesure d'exercer un pouvoir non négligeable sur les communautés locales[1315]. La désignation hypothétique, en droit international privé, de la loi de la communauté non étatique peut alors se heurter à des incohérences et contradictions « internes » importantes, fonction des influences diverses (et étatiques) auxquelles la norme non étatique est soumise. Ainsi, il n'est pas possible de

1311 R. COTTERRELL, *Law's Community : op. cit.*, spéc. p. 330 et s (traduction libre).
1312 *Op. cit.*, spéc. p. 330.
1313 *Op. cit.*, spéc. p. 336.
1314 « *L'importance de l'espace physique est soulevée avec le développement des communications à distance ou celle des nouveaux supports comme le courrier électronique ou l'Internet. Certains prédisent que les communautés, les collectifs ont et auront de plus en plus des bases non spatiales, que la définition d'un groupe sera de plus en plus détachée d'un territoire localisé* » (F. DE SINGLY, *Libres ensemble, l'individualisme dans la vie commune*, Paris, Armand Colin, « Individu et Société », 2016, p. 29).
1315 V. pour un exemple concret (Pakistan) : S. SARDAR ALI, *Modern Challenges to Islamic Law*, Collection Law in Context, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 86 et s.

faire abstraction de l'environnement normatif dans lequel s'exprime la norme de la communauté socioculturelle[1316].

Prenons l'exemple de la *charia* au Maroc et plus précisément des règles de répartition des biens des époux pendant le mariage. La position majoritairement partagée en droit musulman est le principe de la séparation des biens entre les époux[1317]. Ainsi, lors du décès d'un époux musulman ou d'une séparation, l'épouse n'a par principe aucun droit sur les biens acquis par son mari pendant le mariage. Au Maroc, l'application de la *charia* de l'islam sunnite, et plus particulièrement de l'école malékite[1318], est assurée dans les textes par la désignation du roi comme commandeur des croyants (article 41 de la constitution du Maroc de 2011). A la suite des « printemps arabes », la constitution de 2011 mentionne expressément que l'islam est la « religion de l'Etat »[1319]. Par ailleurs, la *charia* est considérée comme inspirant fortement les coutumes locales[1320]. On observera toutefois que la règle relative à la répartition des biens entre les époux durant le mariage n'est pas celle connue classiquement du droit musulman. Certes, l'article 49 al. 1 du Code de la famille retient le principe du droit musulman selon lequel « les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre », la présomption de propriété des acquêts correspondant à la destination du bien (art. 34 al. 3)[1321]. Mais l'article 49 al. 4 du Code de la famille, introduit en 2004, prévoit que le juge peut, lors de la liquidation, tenir compte des contributions de chacun des époux dans le patrimoine familial[1322]. Cette nouveauté législative se fonderait sur la volonté de codifier la pratique coutumière *amazigh*[1323] des régions de Souss ou des

[1316] Sur l'importance de l'environnement institutionnel pour la constitution de l'identité de groupe, v. déjà *supra* n°305, C. KUKATHAS, « Are There Any Cultural Rights ? », *Political Theory*, 20, 1992, p. 105, spéc. p. 111.

[1317] J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1999, n°5, p. 141.

[1318] L'islam est classiquement divisé entre la tradition chiite et la tradition sunnite. En pratique, « *alors que les sunnites acceptent que les autorités religieuse et politique soient fondues dans la même personne, les chiites prônent une séparation claire. Au Maroc, majoritairement sunnite, le roi est commandeur des croyants, tandis qu'en Iran, à tendance chiite, les ayatollahs sont indépendants du pouvoir exécutif* » (https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2014/06/20/au-fait-quelle-difference-entre-sunnites-et-chiites_4442319_4355770.html, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024). Le malikisme ou malékisme est l'une des écoles principales de l'islam sunnite ; « *[u]nder the Maliki teachings, legal decisions are based more on community practice, traditions, and analogous reasoning than strict adherence to hadith – the sayings of the Prophet and his companions* » (L. HANAFI, « The Legal System of Morocco. An Overview », *Konrad Adenauer Stiftung*, 2020, p. 4).

[1319] Article 3 de la constitution marocaine. On remarquera qu'à cette même occasion, des revendications féministes ont également été intégrées dans la constitution marocaine. Dans le préambule, il est proclamé que le Royaume du Maroc s'engage à bannir et à combattre toute discrimination à l'encontre de quiconque, l'égalité dans tous les domaines et de la parité sont proclamées (H. ALAMI M'CHICHI, « Les féminismes marocains contemporains. Pluralité et nouveaux défis », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 33, n°2, 2014, p. 65 ; A. EL HAJJAMI, « Gender equality and Islamic law – The case of Morocco », *in* K. Vogt, L. Larsen, C. Moe (éd.), *New Directions in Islamic Thought. Exploring Reform and Muslim Tradition*, Tauris, 2009, p. 81).

[1320] M. EL QADERY regrette l'opposition entre ces deux ordres normatifs (« Azerf et le mythe de la "justice coutumière berbère" : Réflexions sur le droit au Maroc », http://www.mondeberbere.com/azerf-mythe.html, consulté pour la dernière fois le 31/08/2021).

[1321] Des règles spéciales existent pour certains biens propres, comme la dot (art. 29) et le trousseau de mariage (art. 34) qui demeurent propriété de l'épouse.

[1322] « A défaut de l'accord susvisé, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille » (art. 49 al. 4 du Code de la famille marocain).

[1323] M. MOUAQIT, « Le droit de kad wa si'aya. Anthropologie d'une règle coutumière au Maroc », *in* H. Rachik (éd.), *Contester le droit : Communautés, familles et héritage au Maroc*, Casablanca, La Croisée des Chemins, 2016, p. 207.

Jbalas du nord du Maroc[1324] ou encore sur la pression d'associations de femmes[1325]. Une première codification de cette règle avait été proposée en 1999[1326] mais avait dû être abandonnée à la suite d'une violente réaction des mouvements islamistes[1327]. On soulignera que « *les premières décisions ainsi que les réactions des juges sont allées dans le sens de n'attribuer à l'épouse qu'une somme forfaitaire au lieu d'un pourcentage sur la valeur des biens acquis pendant le mariage* »[1328]. Néanmoins, la *charia* subit l'influence, par ailleurs réciproque, du droit étatique ainsi que des communautés locales coutumières. La norme non étatique se comprend donc partiellement au regard de son environnement spécifique, notamment étatique.

Loin de nier qu'il existe des communautés socioculturelles « transnationales », le choix d'une telle échelle ne permet pas de s'assurer de l'effectivité de la norme non étatique, ni d'assurer le fonctionnement des méthodes de droit international privé en matière personnelle et familiale.

A retenir l'existence de communautés socioculturelles transnationales, par exemple celle de l'ordre musulman (si tant est que celui-ci existe), on remarquera que la désignation de la communauté musulmane pakistanaise ou de celle musulmane libanaise devrait logiquement mener à la même solution matérielle quant à la résolution du litige international particulier. Le modèle de la communauté socioculturelle locale, qui, rappelons-le, est un archétype non nécessairement conforme à la réalité, ne constituerait donc nullement un obstacle à l'universalité de la loi religieuse. Retenir l'échelle locale permet toutefois de prendre en compte les communautés n'ayant aucune prétention à l'universalité et également d'obtenir un résultat plus précis : la norme religieuse peut en effet subir l'influence d'autres normes locales, notamment étatiques, et ce y compris dans son contenu.

346. On relèvera à nouveau qu'un élément particulièrement important de l'environnement normatif de la communauté non étatique est l'Etat[1329], puisque celui-ci a une prétention normative exclusive sur son territoire et au regard d'une population donnée[1330]. A prendre le point de vue de l'Etat, on a pu d'ores et déjà relever l'ensemble des mécanismes permettant d'assimiler la norme non étatique ainsi que l'interaction entre identités étatiques et identités de groupes non étatiques. On observera ainsi à titre d'exemple que les Etats connaissent une évolution, plus ou moins prononcée, d'un traitement de la situation des individus immigrés sur le terrain du droit international privé en termes de choix entre la loi du pays d'émigration et du pays d'immigration à une ouverture du droit interne aux exigences que pose l'islam à l'organisation familiale par l'outil

[1324] A. MAZOUZ, *La réception du Code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français*, thèse, Université de Strasbourg, 2014, p. 160.
[1325] F. SAREHANE, « Maroc », *Jurisclasseur de droit comparé*, Fasc. 20, 2022, n°172.
[1326] Projet PANIFD (Plan d'action pour l'intégration des femmes au développement).
[1327] L. EL BOUHSINI, « Une lutte pour l'égalité racontée par les féministes marocaines », *Rives méditerranéennes*, 2016, vol. 52, p. 121.
[1328] F. SAREHANE, *op. cit.*, °175.
[1329] On remarquera que le concept de champ social semi-autonome développé par S. F. MOORE (« Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study », *Law & Society Review*, 1973, p. 719 ; v. déjà *supra* n°45, 88), qui peut être défini « *comme un espace relationnel en rapport avec d'autres et/ou inscrit dans d'autres champs plus conséquents (le champ de l'État-nation, par exemple), au sein duquel s'élaborent des règles spécifiques mais qui prennent compte de celles des autres champs sociaux* » (Y. BEN HOUNET, « La tribu comme champ social semi-autonome », *L'Homme*, 2010 (194), p. 57).
[1330] V. *supra* n°167.

des droits fondamentaux, du contrat et de l'arbitrage religieux, de l'obligation d'accommodement raisonnable[1331]…

Par conséquent, l'échelle étatique reste l'échelle pertinente en droit international privé. Si une telle conclusion peut s'avérer assez décevante lorsqu'il s'agit de penser la norme non étatique, cela ne signifie pas que la communauté non étatique doive être définie selon les critères posés par l'Etat étranger.

347. Conclusion de la section. La communauté socioculturelle regroupe une grande diversité de communautés non étatiques : du quartier à la communauté religieuse transnationale, il était nécessaire de venir préciser la notion, afin de servir au mieux les objectifs du droit international privé, qu'ils soient d'ordre général ou spécifiques à la matière personnelle et familiale.

La communauté socioculturelle est un archétype, construit au regard d'un nombre important de travaux d'ordre sociologiques et théoriques, venant distinguer deux grands modèles de communauté : le modèle culturel et le modèle libéral. A ces deux modèles sont associés une série de caractéristiques d'ordre phénoménologique, permettant la construction de régimes juridiques particuliers.

La communauté retenue s'inscrit dans le modèle culturel, permettant, en matière personnelle et familiale, de répondre de manière satisfaisante aux objectifs poursuivis. En raison de ses caractères holiste et dense, la norme non étatique peut faire l'objet d'une désignation par la méthode bilatérale de conflit de lois et répond aux conditions, d'ordre plus général, de production de normes de conduite et d'effectivité de celles-ci. Cette effectivité dépend par ailleurs étroitement de ses caractères restreint et local : la communauté non étatique se pense dans un cadre géographique restreint. Seul celui-ci permet d'envisager de manière satisfaisante les rapports que la norme non étatique entretient avec la norme étatique.

348. Conclusion du chapitre. La culture, ancrée dans une société particulière (dans un espace-temps social et géographique), est un fondement de relevance légitime des ordres normatifs en droit international privé des personnes et de la famille. A partir de l'objectif de protection de l'identité individuelle, il est apparu nécessaire de penser le non-étatique sous sa forme collective : l'identité individuelle étant trop complexe et impossible à appréhender juridiquement, penser le cadre collectif non étatique constitue la seule alternative satisfaisante permettant de s'émanciper quelque peu du paradigme étatique.

La culture est devenue ces dernières décennies une référence plutôt commune en droit international privé. Mais les différentes propositions effectuées en doctrine, sur le fondement individuel comme collectif, ne peuvent entièrement convaincre. Le droit positif ne s'encombre pas de cette notion, trop délicate à manipuler sur le terrain juridique. Cette difficulté d'appréhension peut toutefois être dépassée : d'une part, en liant la culture à l'existence d'un groupe social particulier ; d'autre part, en

[1331] Notamment pour ce qui est du Canada et de la Belgique (M.-C. FOBLETS, « Les juges belges et l'application de la loi étrangère en droit de la famille », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret (dir.), *ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 409). Sur l'obligation d'accommodement raisonnable de droit canadien, v. *supra* n°259.

se contentant de l'élaboration d'un modèle-idéal, et non d'une définition sous laquelle il serait possible d'opérer de rigoureuses subsumptions.

Préciser les caractéristiques de la communauté socioculturelle, notamment en contraste avec la communauté libérale, permet de poser un ensemble de caractéristiques générales utiles à la construction d'un régime particulier : la communauté socioculturelle est fondamentalement identitaire (l'identité du groupe est homogène -langue, histoire, mœurs, etc.- et est le fondement de l'identité individuelle), a une vocation exhaustive ou holiste (et non limitée à un objectif particulier, soit différent d'une rationalité partielle au sens dégagé par G. Teubner), et est un ordre imposé (et non négocié). L'individu est considéré comme fondamentalement en lien avec les autres individus de la communauté socioculturelle. Les conditions d'entrée et de sortie de la communauté sont difficiles, rendant la coercition sociale particulièrement efficace.

Si la norme étatique est une norme socioculturelle, ce n'est pas pour la désigner que nous utiliserons dorénavant cet adjectif, mais pour qualifier les normes non étatiques ainsi que les communautés dans lesquelles elles s'expriment. En effet, la distinction apparait nécessaire dès lors qu'il apparait que la norme étatique n'a pas nécessairement les meilleurs titres à s'appliquer pour répondre aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale : dans certains cas, sa désignation pourrait heurter l'objectif de permanence, de protection des intérêts des tiers, ou d'intégration dans un milieu de structuration de l'identité personnelle.

La communauté socioculturelle se conçoit nécessairement au regard d'un environnement particulier, dans lequel l'Etat joue un rôle prépondérant, particulièrement en raison de l'influence matérielle qu'il peut éventuellement exercer sur la norme non étatique. A ce titre, l'échelle pertinente est l'échelle locale, et la communauté non étatique sera nécessairement pensée en lien avec l'Etat, ce qui ne signifie pas que sa détermination sera opérée selon les conditions ou critères émis par ce dernier. Les critères de la définition de l'ordre non étatique jusqu'alors posés font dépendre l'ordre de sa reconnaissance par l'Etat étranger[1332]. Mais, nous le verrons, la désignation de cet ordre ne peut s'opérer en vertu des règles de conflit internes étrangères.

349. Conclusion du titre. Les conditions de relevance de la norme non étatique peuvent utilement être précisées dans le domaine personnel et familial à travers le prisme de l'identité. Notion marquée par sa complexité, l'identité parfois mise en avant en droit international privé se rapporte à l'individu : il s'agit de désigner une loi qui favorise la permanence de son sentiment d'identité, ou encore qui représente son milieu d'intégration (y compris lorsque le critère de rattachement retenu est la résidence habituelle[1333]). Plus indirectement, la notion d'identité

[1332] V. *supra* n°168 et s.

[1333] L'idée que la résidence habituelle exprime le centre de la vie de l'individu et son intégration effective est l'interprétation majoritairement retenue par la CJUE : l'ensemble des éléments doit montrer une intégration dans l'environnement social. V. sur le sujet, citant à titre d'exemple CJUE, 17 oct. 2008, C-512/17, *H.R. c. K.O.*, S. CORNELOUP, « Quelques réflexions sur la résidence habituelle des demandeurs d'asile et des réfugiés », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 393, spéc. p. 395. L'auteure souligne que l'intention n'est pas « complètement absente de la notion », bien que ce soit le critère de distinction avec le domicile. V. notamment l'invitation de la Cour à tenir compte des raisons d'un déménagement à

collective marque également la matière. Il s'agit principalement de l'identité collective de l'ordre juridique français, pour lequel le domaine personnel et familial est central et correspond à un moyen d'affirmer son identité propre au regard d'autres modèles, véhiculés à l'étranger. Le domaine personnel et familial est par ailleurs le lieu d'affirmation, en interne, de la domination politique de l'Etat. En effet, ce domaine est précisément lié à l'individu, à son intimité. Au même titre, les normes familiales sont également, pour la communauté non étatique, vecteur de son identité collective et peuvent mener à des revendications identitaires fortes à l'égard de l'Etat.

Souligner l'importance du domaine personnel et familial pour la construction d'identités collectives permet d'insister sur l'enjeu sous-jacent de la relevance de normes non étatiques : le règlement des situations internationales par le for en la matière peut venir soutenir ou contrarier les politiques de domination des Etats étrangers. Si le droit international privé permet la prise en compte de l'identité collective du for, il ne semble pas avoir pour objectif premier le respect d'une identité collective étrangère étatique. La relevance de normes non étatiques n'est ainsi pas exclue, et se justifie par ailleurs au regard des objectifs classiquement poursuivis par la matière : l'identité personnelle pourrait être davantage protégée par l'application d'une norme non étatique, à condition que celle-ci soit socioculturelle.

Au regard de la pluralité des ordres normatifs non étatiques et de la concurrence de l'ordre juridique étatique, il est nécessaire de dégager une notion d'ordre non étatique permettant au mieux de répondre aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale. La communauté socioculturelle, construite comme un idéal-type, permet de distinguer appartenance étatique et non étatique. Celle-ci est pensée comme holiste et dense, ainsi que comme locale et restreinte. A ces conditions, les normes socioculturelles présentent les qualités jugées dans le premier titre comme essentielles.

350. Conclusion de la première partie. L'adoption du pluralisme normatif comme point de départ de la réflexion permet de ne pas regrouper, au début de l'analyse, norme étatique et norme non étatique au sein d'un concept unique de « droit ». Il ne s'agit pas de remettre radicalement en cause le paradigme étatique. Bien au contraire, la norme étatique bénéficie d'un ensemble de qualités justifiant sa prise en compte en droit international privé : légitimité, effectivité, autonomie. Par ailleurs, la méthode de conflit de lois d'inspiration bilatéraliste est construite, techniquement, au regard de la norme étatique. Cette dernière considération n'est pas décisive : la technique étant au service des objectifs de droit international privé, des modifications de la méthode bilatérale sont envisageables. Une première et légère modification est la redéfinition du concept « d'Etat » pour la mise en œuvre de la méthode, en intégrant une condition d'effectivité concrète du pouvoir normatif ayant une vocation exclusive sur un territoire donné et une population considérée comme ancrée sur ce territoire. Une telle modification permet d'intégrer dans le concept d'Etat des unités ou ordres juridiques « autonomes » (Etats infra-étatiques ou autorités *de facto*), et ce pour les besoins du droit international privé. Ce critère d'effectivité concrète du pouvoir normatif possède certes l'inconvénient d'être moins commode à utiliser pour le juge saisi d'un litige de droit international

l'étranger (p. 396 et note de bas de page). V. également, proposant de retenir ce critère de rattachement afin de désigner le « milieu d'intégration » de la personne : M. HUNTER-HENIN, *op. cit.*

privé. Il apparait cependant suffisant pour départager des prétentions étatiques concurrentes. Une autre modification imaginable, sur laquelle nous reviendrons, est l'adoption d'un rattachement en plusieurs temps.

La redéfinition de ce qu'il faut comprendre par Etat en droit international privé, pensée sur le terrain de la méthode bilatéraliste, peut être transposée à la méthode unilatéraliste. Si celle-ci peut plus facilement dépasser le paradigme étatique, elle nécessite une certaine idée *a priori* de ce qu'il faut comprendre par « ordre » ou « communauté » juridique. L'Etat redéfini permet de répondre aux exigences premières de ce qu'il faut entendre par « loi » en droit international privé : la norme de celui-ci est suffisamment autonome, légitime et effective.

Cette première définition permet de préciser la notion de norme non étatique et les enjeux lui étant associés. La norme non étatique n'est pas en situation de concurrence entière avec la norme étatique car elle ne prétend pas à une vocation normative exclusive relative à une population et un territoire donnés ; à ce titre, le critère de l'effectivité concrète ne peut être satisfaisant.

Si la norme non étatique bénéficie d'une sanction sociale, celle-ci connait d'infimes modalités et degrés, notamment fonction de la densité normative de chaque communauté. Lorsque la norme non étatique connait la sanction étatique ou est susceptible de la connaitre, elle atteint cependant un degré d'effectivité particulièrement fort, et une légitimité découlant de sa reconnaissance, entendue au sens large, par un Etat. Par ailleurs, lorsque la norme non étatique est susceptible d'être mobilisée par une instance non étatique imposée pour le règlement d'un conflit interindividuel, elle possède un niveau d'autonomie suffisant pour justifier sa relevance en droit international privé.

Les critères dégagés (sanction étatique, instance de règlement des conflits et caractère imposé de celle-ci) viennent ainsi à titre premier préciser la notion de norme non étatique : la norme non étatique est une norme sociale, intégrée à un ordre normatif caractérisé par l'existence d'une instance de règlement des conflits et dont la décision est susceptible d'une sanction étatique étrangère.

A ces conditions vient s'ajouter une condition propre au domaine personnel et familial. L'ordre normatif est une communauté socioculturelle, caractérisée par deux couples de caractéristiques : holiste et dense, ainsi que restreinte et locale. Une telle précision vient principalement justifier l'échelle de conception de la norme non étatique : l'échelle est étatique, car il n'apparait pas judicieux de faire abstraction du cadre local venant façonner les rapports entre normes étatiques et non étatiques. Par conséquent, il n'apparait pas pertinent d'admettre, pour les besoins des méthodes de conflit de lois et de reconnaissance en matière personnelle et familiale, l'existence d'ordres transnationaux. L'ordre non étatique est pensé dans la singularité du local. Les normes dites « transnationales » ou « universelles » connaissent en effet d'importantes variations fonction des structures sociales locales particulières. L'exemple emblématique est celui des normes dites islamiques : celles-ci peuvent être liées ou non au pouvoir politique étatique, observées en pratique par une minorité ou une majorité au sein d'une unité spatiale, composant avec des normes coutumières, étatiques et autres normes religieuses. Un ensemble de facteurs historiques, politiques et sociaux (ethnicité et religion, mais aussi urbanisation, sécularisation, colonisation, centralisation du pouvoir, degré d'hétérogénéité sociale, effectivité du pouvoir étatique, etc.) jouent un rôle quant

à l'effectivité de la norme non étatique et ses rapports avec les normes étatiques. La base de réflexion est donc nécessairement contextuelle ou locale.

Penser la communauté socioculturelle à l'échelle locale est fondé sur l'importance de la dimension identitaire de la matière personnelle et familiale. L'identité à laquelle il est fait référence est d'abord celle de l'individu : le rattachement choisi doit refléter l'identité individuelle (environnement socioaffectif, d'origine ou d'intégration). Cette dernière notion est particulièrement complexe et se comprend de manière dynamique dans l'interaction entre espaces de liberté et intégration dans diverses communautés d'appartenance plus ou moins denses. La désignation d'une norme applicable à un rapport de droit, au cœur des méthodes conflictuelles, est un mécanisme nécessairement imparfait pour rendre compte de la complexité de l'identité individuelle. Cependant, il s'agit d'un outil qui conserve toute sa pertinence, dès lors que le litige implique plusieurs individus et que la famille est le premier groupe social, justifiant la protection des intérêts des tiers. La communauté d'appartenance devant rendre compte de l'identité de l'individu est socioculturelle. La communauté socioculturelle est pensée comme un archétype, reposant sur une forte tradition sociologique, et dont une des caractéristiques essentielles est l'existence d'un lien particulièrement étroit entre identité de l'individu et identité du groupe social. Or, l'identité du groupe social se pense de manière réflexive au regard du contexte, de l'environnement dans lequel elle se construit et évolue. Cet environnement est principalement marqué par l'existence d'Etats, qui, d'une part, construisent parfois précisément leur identité au regard de leurs normes personnelles et familiales (et sont donc également des communautés socioculturelles), et qui d'autre part ont la particularité d'émettre des normes caractérisées, en général, par une effectivité juridique.

Adopter un cadre local pour penser le régime de la norme non étatique ne signifie pas que, tout comme pour sa définition, le régime de la norme non étatique doive être pensé uniquement selon les critères de l'Etat étranger. Là encore, une proposition nuancée s'impose.

PARTIE II : Le régime de la norme non étatique dans les rapports personnels et familiaux internationaux

« *Le point de départ de l'expérience exotique [de l'altérité] est le même que celui de toute perception : l'identification de l'objet ; mais c'est ensuite qu'il faut bloquer le processus habituel d'assimilation (de l'autre) et d'accommodation (de soi), et maintenir cet objet comme différent du sujet, préserver la précieuse altérité de l'autre […]. L'expérience spécifique de l'exote commence là où s'arrête l'autre – dans la familiarité -, et conduit vers l'étrangeté. La bonne perception implique, en effet, une certaine familiarité (sinon on ne verra pas tout) ; mais, celle-ci à peine acquise, il faut engager un mouvement en sens inverse, pour maintenir l'extériorité de l'objet par rapport au sujet […]. Les deux mouvements, cela est essentiel, sont indispensables : sans identification, on ignore l'autre ; sans l'éclat de la différence, on se perd soi-même* »[1334].

351. La « *contamination du droit privé par les valeurs communautaristes* »[1335], en matière personnelle et familiale pour le domaine spécifique du droit international privé actée et la norme non étatique définie, il convient à présent de se pencher sur son régime. Un premier élément ayant une influence décisive sur celui-ci a d'ores et déjà été énoncé et montré : le paradigme étatique ne doit pas être purement et simplement abandonné. D'une part, car la norme étatique connait des qualités (légitimité, effectivité, autonomie), certes présumées, mais qui justifient sa relevance. D'autre part, parce que l'échelle étatique est l'échelle pertinente pour penser la communauté non étatique, au sein de laquelle la norme non étatique est exprimée. Enfin, parce que la communauté non étatique est celle reconnue, au sens large, par un Etat, lui permettant d'accéder à la sanction juridique, radicale, et de garantir ainsi effectivité et légitimité.

Il convient alors de penser les termes de la relation entre norme étatique et norme non étatique étrangères. Au-delà de la consultation des règles de conflit internes étrangères ou de la préconisation d'un rattachement particulier, il s'agit de penser l'articulation des méthodes conflictuelles, intégrant une réflexion sur le plan du conflit de lois et des méthodes de reconnaissance, tout en intégrant la question de la compétence internationale du juge français.

Ainsi, si les développements suivants distinguent entre l'accueil de la norme non étatique sur le terrain du conflit de lois (titre 1), puis sur celui des méthodes de reconnaissance (titre 2), les réflexions sont en réalité nécessairement liées. Le lien est notamment effectué par le biais de la méthode de reconnaissance des situations, qui, comme cela a déjà pu être souligné[1336], vient précisément réduire le domaine des méthodes de conflit de lois.

1334 T. TODOROV, *Nous et les autres*, Points, Lonrai, 2011 [1989], p. 433 et s. (l'auteur retrace ici la pensée de V. Segalen, en particulier dans *Essai sur l'exotisme* (1904-1918), Montpellier, Fata Morgana, 1978).

1335 J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé…, op. cit.*, n°768, p. 306.

1336 Par exemple : P. LAGARDE, « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *in* P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone, Paris, 2013, p. 19, spéc. p. 19 ; P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *in* M.-N. Jobard-Bachellier *et al.*, *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547, spéc. n°26, p. 560.

Les propositions qui suivent s'inscrivent ainsi dans le mouvement de « juridictionnalisation » de la matière, se traduisant par une attention accrue pour les questions de compétence du juge et de reconnaissance des décisions au détriment du conflit de lois[1337] : il s'agit à la fois de penser l'introduction d'une exception d'incompétence sur le terrain de la création d'une situation juridique, ainsi que l'extension des méthodes de reconnaissance sur celui de la reconnaissance d'une situation déjà cristallisée à l'étranger.

[1337] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I, n°55-1, p. 83.

Titre 1 : La coordination avec la norme non étatique par le retrait du for sur le terrain de la compétence internationale

352. En conflit de lois, seule la méthode bilatérale revisitée semble apporter une solution satisfaisante à l'accueil des normes non étatiques. Si l'unilatéralisme permet la prise en compte de la norme non étatique dans les conditions posées par l'ordre non étatique lui-même[1338], il est difficile de penser dans le cadre de cette méthode un accueil satisfaisant de la norme non étatique, dès lors que celle-ci se retrouve en nécessaire égalité et concurrence avec la norme étatique. Le règlement des conflits positifs, alors multipliés, se traduit par l'intervention des critères du for, en contradiction avec les postulats-mêmes de l'unilatéralisme. Si, classiquement, le bilatéralisme postule également une égalité entre les normes en conflit, il est possible de revisiter la méthode, en raison de l'existence de l'étape de « localisation », ou de « rattachement », qui permet de penser une certaine marge de manœuvre au sein de celle-ci.

Loin de retenir la possible désignation, à titre général, de communautés et normes non étatiques, deux types de raisonnement peuvent *a priori* être pertinents : l'introduction d'un raisonnement en termes de principe/exception ou encore l'idée d'un rattachement en plusieurs temps. Introduire un second temps permet de penser, une fois un ordre étatique désigné, la résolution d'un second conflit de lois, par l'intervention de rattachements secondaires. Nous avons d'ores et déjà écarté la consultation des règles de conflit internes étrangères ou la localisation directe des intérêts des parties. C'est en faveur de l'intégration dans un second temps d'un mécanisme proximiste ou fondé sur les légitimes attentes des parties que nous nous prononcerons, avec d'importantes réserves, dans un premier temps (chapitre 1).

Face aux difficultés d'application de la norme non étatique par le for et en raison du respect de l'intégrité de la norme étrangère, et contrairement aux propositions effectuées en doctrine, la coordination avec les normes non étatiques se pense cependant au mieux sur le terrain de la compétence internationale et se traduit par le retrait du for dans des conditions précises (chapitre 2). Une telle solution déplace nécessairement la coordination avec les normes non étatiques sur le plan des méthodes de reconnaissance.

[1338] D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD* n°49, 2005, p. 275, spéc. p. 306 ; H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°333, p. 334. V. *supra* n°41.

354. Plusieurs arguments en faveur de la méthode d'inspiration bilatéraliste peuvent être mis en avant et justifient son adoption au détriment de l'unilatéralisme.

En premier lieu, loin de valoir à titre général, la réflexion en termes de matières et d'objectifs particuliers poursuivis par le for permet de répondre plus finement aux exigences de relevance dégagées, permettant de justifier que, dans certains cas seulement, la norme non étatique puisse être accueillie à la place de la norme étatique. Un tel résultat semble difficilement atteignable lorsque l'approche unilatéraliste est adoptée : une fois la relevance de normes non étatiques admise, il semble difficile de résoudre le « conflit positif » en faveur de la norme non étatique (section 1).

Le second point, primordial, est la mise en avant d'un élément central, et parfois décrié[1339], du bilatéralisme : l'adoption première du point de vue du for pour penser la résolution du conflit de lois. Alors que l'unilatéralisme procède à une adoption appuyée du point de vue de l'Etat étranger ou de la communauté non étatique étrangère qui a la vocation la plus forte à voir sa loi s'appliquer, la désignation initiale de l'ordre dont la loi doit être appliquée selon le schéma bilatéraliste peut être rectifiée ou précisée. Cet espace de « doute »[1340] est difficilement imaginable au sein de la méthode unilatéraliste et permet de faire jouer différents points de vue étrangers, étatiques et non étatiques, et de penser leur articulation. Il s'agit cependant d'une interprétation ou version particulière de la méthode, justifiant l'emploi de l'adjectif « revisité » accolé au terme de « bilatéralisme » (section 2).

[1339] V. la position d'H. MUIR WATT, pour laquelle « *il s'agit de faire entendre une pluralité de points de vue et de refuser d'adopter une position surplombante pour les départager* » (« Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°275, p. 281).
[1340] *Ibid.*, n°2, p. 26 et s. L'auteure se réfère cependant au doute au sein d'une méthode unilatéraliste.

Section 1 : Parvenir à la désignation d'une norme non étatique

355. Le premier point sur lequel il convient de se pencher n'appelle pas de développements particulièrement fournis : il s'agit de la difficulté pour l'approche unilatéraliste, difficulté accentuée une fois la relevance de normes non étatiques admise, de résoudre le « conflit positif » en faveur de la norme non étatique. Si cette difficulté est somme toute classique, elle sera confirmée par une confrontation aux critères de relevance dégagés récemment par la doctrine (I).

La méthode bilatéraliste permet de penser certains accommodements particuliers, liés à l'existence de l'étape spécifique de la « localisation » ou du « rattachement ». En aucun cas il ne s'agit d'adopter le critère de l'appartenance commune des parties à une communauté donnée, critère parfois mis en avant en doctrine. Le rattachement à une communauté non étatique s'opère nécessairement au regard du litige, s'inscrivant lui-même dans une matière donnée. C'est à ce titre que la méthode bilatérale peut proposer une application circonstanciée de la norme non étatique (II).

I- L'unilatéralisme ou l'impossible résolution du conflit de lois par la désignation de la norme non étatique

356. Tant les critères traditionnels (A) que ceux récemment proposés en doctrine (B) ne permettent la résolution du conflit de lois par l'application d'une norme non étatique.

A- Les critères unilatéralistes traditionnels en cas de vrai conflit ne permettent pas la désignation de la norme non étatique

357. Les difficultés auxquelles la méthode unilatéraliste, pour laquelle la « volonté d'application » des lois détermine leur application[1341], est confrontée, lorsqu'il s'agit de résoudre le conflit positif de lois, sont bien connues[1342]. A côté de la question de la « lacune », la question du « cumul », ou du « conflit positif » de lois[1343], et plus précisément celle du critère de choix de la loi applicable, occupe les unilatéralistes. Si ces cas sont nombreux[1344], la relevance de normes non étatiques multiplie les hypothèses de conflits normatifs : au conflit entre normes étatiques viennent s'ajouter les revendications normatives des diverses communautés socioculturelles (religieuses, ethniques) ainsi que celles des autorités autonomes que nous avons précédemment, pour notre part, qualifiées d'Etats pour les besoins du droit international privé. Un litige entre deux membres de différents

---

1341 V. pour ce vocabulaire dans la théorie unilatéraliste : D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD* n°49, 2005, p. 275, spéc. n°13, p. 282.

1342 P. GOTHOT, P. LAGARDE, « Conflits de lois : principes généraux », *Répertoire Dalloz*, 2006, spéc. n°200. V. également, entre autres, P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, 12ème éd., 2019, n°119 et s., p. 98 et s.

1343 « *Il se peut en effet que deux lois étrangères se veuillent simultanément applicables à une situation qui, par hypothèse, n'entre pas dans le champ d'application de la loi du for. Les exemples sont nombreux. Ce pourrait être celui du statut personnel d'un Italien domicilié en Angleterre ou d'un double national italo-allemand. La loi française du for n'est pas applicable, mais les lois italienne et anglaise dans le premier cas, italienne et allemande dans le second, se veulent applicables* » (P. GOTHOT, P. LAGARDE, *op. cit.* spéc. n°201).

1344 *Ibid.*

clans appartenant à une même religion peut ainsi faire émerger un conflit entre normes clanique, religieuse et étatique.

Deux ou trois critères sont traditionnellement proposés afin de déterminer la loi applicable en cas de cumul. Il a été proposé « *de départager ces lois à partir du critère de rattachement utilisé par la loi du for*[1345] *pour déterminer son propre champ d'application, soit de recourir au critère de l'effectivité en faisant prévaloir celle des deux (ou même davantage) lois qui aura les moyens, par exemple en fonction de la situation des personnes ou des biens, d'imposer son application* »[1346]. Le choix du critère de l'effectivité viendrait satisfaire le respect des attentes raisonnables des parties, qui lui serait intrinsèquement corrélé[1347].

Indépendamment des arguments venant fondamentalement remettre en cause l'approche unilatéraliste[1348], on rappellera pour notre part, en ce qui concerne la problématique des « cumuls » de lois ayant vocation à s'appliquer, hypothèse ici la plus évidente, que le critère de l'effectivité ne permet pas de départager des prétentions normatives inégales[1349]. Quant au choix de se référer au critère de la règle de conflit de lois pour résoudre le conflit positif défendu par Niboyet, il correspond en réalité à un abandon de la méthode unilatéraliste au profit de celle bilatéraliste[1350].

Enfin, s'il était question non de retenir un critère d'effectivité concrète, mais d'effectivité abstraite, ou de légitimité, on ne voit pas comment la résolution du cumul des lois en conflit peut mener au choix d'une norme non étatique[1351]. A titre général, il semble difficile de trouver un critère permettant la désignation d'une norme non étatique. En réalité, l'impasse à laquelle se trouve nécessairement confrontée l'approche unilatéraliste est de penser les rapports entre norme étatique et non étatique étrangères en termes de confrontation frontale.

1345 Il s'agit de l'approche défendue par Niboyet (P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *op. cit.*, spéc. n°120 et s., p. 98 et s.).

1346 P. GOTHOT, P. LAGARDE, *op. cit.*, spéc. n°201, se référant à P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1, spéc. p. 33 et s.

1347 P. GOTHOT, *ibid.*, spéc. p. 21 et s. Il s'agit de l'approche de Quadri, v. *supra* n°157.

1348 La critique principale adressée à l'encontre de l'unilatéralisme, outre la difficulté pratique d'identifier la règle de conflit de lois étrangère, est son incapacité à résoudre les « vrais » conflits, soit les conflits positifs (cumul) ou négatifs (lacune). De manière plus théorique, c'est la conception même de la norme qui est au cœur des divergences entre bilatéralisme et unilatéralisme. Ce dernier négligerait « *son caractère abstrait [de la loi]* » en « *trop* » insistant sur son « *aspect impératif* » (P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *op. cit.*, n°121, p. 99). Pour les bilatéralistes, du caractère abstrait de la règle découle sa vocation spatiale universelle, comme le montre le recours à la *lex fori* : « *[c]'est donc que la règle de conflit ne limite aucunement la vocation de la règle substantielle ; elle l'empêche seulement de se réaliser judiciairement lorsqu'une autre loi paraît en l'espèce mieux convenir. Le problème qu'elle résout n'est pas celui du champ d'application de la règle, mais celui du fonctionnement des tribunaux* […] » (*op. et loc. cit.*). Une telle critique constitue une remise en cause d'un postulat fondamental de l'unilatéralisme.

1349 V. *supra* n°167.

1350 P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *op. cit.*, spéc. n°120, p. 98.

1351 V. *supra* n°117, 192.

Une partie de la doctrine soutient que tel ne serait cependant pas nécessairement le cas[1352] : il serait possible de penser la relation entre les normes en conflit en termes « *d'ajustement* »[1353].

B- L'intervention du principe de proportionnalité et l'idée d'accommodement au sein de la doctrine unilatéraliste

358. Dans une approche s'inscrivant dans un « *unilatéralisme-statutisme pluraliste* »[1354], H. Muir Watt s'appuie sur la pensée de droit international privé de Currie afin de montrer que la version de l'unilatéralisme défendue n'est pas dépourvue « *d'outils d'ajustement* » [1355] et « *d'accommodement raisonnables* » [1356] permettant la résolution du « vrai » conflit de lois.

Plus concrètement, il s'agit, « *en cas de conflit […] de procéder à un examen très serré des points de vue opposés au regard des faits concrets, afin de vérifier la réalité de la collision normative à traiter* »[1357]. Cet examen prend la forme du principe de proportionnalité[1358], l'auteure appuyant son propos sur une décision du Tribunal de l'immigration anglais relative au sort d'enfants migrants tentant de rejoindre l'Angleterre, questionnant l'articulation (l'« *interface* »[1359]) du système Dublin III de l'Union européenne (règlement n°604/2013) avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[1360] (Convention EDH) :

« *[o]n voit en effet que, mettant en œuvre le principe de proportionnalité, le « style intellectuel » mobilise les outils du décentrement, de la réflexivité, de la coordination et de la conciliation des normes. Pareille démarche est précisément celle que préconisait Currie en cas de vrai conflit. Elle est peut-être, plus largement, celle qui s'inscrit dans l'ADN de la théorie du conflit de lois et ses multiples dispositifs d'ajustement, même si ceux-ci ont parfois refoulé leur origine statutiste. Mais alors, surgit l'objection – adressée dans* les *mêmes termes aux théories pluralistes confrontées au*

1352 « *Récurrents, de tels griefs ne sont pas pour autant toujours bien ciblés. Car, d'une part, cette méthodologie ne refuse aucunement de prendre le conflit au sérieux. D'autre part, elle a les moyens de résister à l'essentialisation des intérêts en présence en prônant notamment le décentrement ainsi que la réflexivité des solutions. L'hypothèse que nous développerons ici est précisément que la méthodologie qui tend à se développer en droit international privé au nom de la reconnaissance fournit un modèle (ou un « style intellectuel ») pour aborder le risque « dissociatif » qui mine l'épistémologie perspectiviste et la politique des identités dans le contexte du multiculturalisme. C'est dire tout l'intérêt qu'il peut y avoir à revenir sur les divers outils qu'elle propose pour résoudre les « vrais conflits ». De tels dispositifs tendent, dans un premier temps, à l'ajustement et à « l'accommodement » raisonnables. En dernier lieu, cependant, pour ne tomber ni dans un relativisme culturel extrême ni dans l'impuissance, il reste le joker de l'ordre public* » (H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*., spéc. n°297, p. 300 et s., nous soulignons).

1353 *Ibid*., n°298, p. 301.

1354 *Ibid*., n°35, p. 64.

1355 *Ibid*., n°275, p. 281.

1356 *Ibid*., n°297, p. 300.

1357 *Ibid*., n°298, p. 301.

1358 Dont les composantes sont l'adéquation, la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu* (v. sur le sujet : R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé*, préf. L. Gannagé, Dalloz, 2020, p. 149 et s.). Pour le contrôle de proportionnalité effectué dans l'Union européenne par la Cour de justice, les mesures nationales restrictives d'une liberté de circulation sont considérées comme proportionnées dès lors que « justifiées par des motifs liés à l'ordre public..., elles sont nécessaires pour la protection des intérêts qu'elles visent » et que les objectifs qu'elles poursuivent « ne peuvent être atteints par des mesures moins restrictives ». (CJCE 14 oct. 2004, C-36/02, *Omega*, Rec. I-09609, *AJDA* 2005, p. 152, note A. VON WALTER ; *D*. 2004. 2833 ; *RTD eur*. 2005, p. 867, chron. C. PRIETO).

1359 Point 50 de la décision anglaise du Tribunal supérieur (Chambre de l'immigration et de l'asile), *R (on the application of ZAT and Others) v. Secretary of State for the Home Department* [2016] UKUT 61, retranscrit par H. MUIR WATT (« Désastre humanitaire et droit international privé : de la jungle de Calais au labyrinthe de Dublin », *RCDIP*, 2016, p. 345).

1360 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*., n°258 et s., p. 252 et s.

conflit de normes –, à savoir l'impuissance d'une approche trop conciliatrice lorsque des valeurs opposées s'affrontent »[1361].

Pour rappel, la théorie des « intérêts gouvernementaux » de Currie[1362] départage les lois en conflit (selon une vision en termes de répartition des compétences plutôt qu'en termes de régulation des rapports internationaux[1363]) en fonction des finalités poursuivies par celles-ci (et ainsi des intérêts étatiques sous-jacents[1364]) et au regard de la question de droit que soulève la situation litigieuse particulière. Il s'agit d'une approche fonctionnelle et téléologique, qui pense la coordination en fonction des objectifs matériels des différentes lois en conflit (et non uniquement ceux du for, même si ceux-ci sont prioritairement pris en compte lorsqu'ils existent[1365]) et qui est ancrée dans une casuistique foncièrement étrangère au bilatéralisme (absence de catégories abstraites préexistantes)[1366].

359. Il s'agirait alors, lorsque différentes lois de différentes communautés (au sens retenu par H. Muir Watt, qui embrasse dans un premier temps tant les communautés libérales que culturelles au sens retenu par T. Fisher[1367]) entrent en vrai conflit, « *de vérifier si les liens qu'entretiennent ces règles avec la situation litigieuse sont de nature ou non à réaliser en l'espèce les politiques législatives qu'elles véhiculent* »[1368] dans le cadre du principe de proportionnalité, tout en étant précisé qu' « *il ne suffit pas, comme il est parfois fait de façon caricaturale, d'introduire le test à l'intérieur du syllogisme* »[1369].

A reprendre l'exemple sur lequel s'appuie H. Muir Watt, il s'agit d'évaluer la possibilité d'accommodement du règlement Dublin III avec l'article 8 de la Convention EDH. Plus justement, la question se pose dans les termes suivants devant le juge anglais : le refus du secrétaire d'Etat anglais d'admettre le transfert de mineurs non accompagnés syriens arrivés à Calais sur le sol anglais, fondé sur l'application du règlement n°604/20144 dit Dublin III, constitue-t-il une atteinte

---

1361 *Ibid.*, n°302, p. 304 et s.

1362 V. pour des développements plus exhaustifs : B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (*Sur* la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, p. 219, spéc. p. 244 et s.

1363 « *Sauf exception (D. Cavers, à ses débuts, aujourd'hui F. K. Juenger. - V. le c.r. de H. Muir Watt, supra, p. 392 - mais non réellement R. Leflar à qui est attachée la formule de la* better rule of law *qui ne fournit qu'un facteur départiteur en cas de « vrai conflit »), une telle position est à la base des tentatives que réunit l'expression de* révolution américaine *et elle procède assez naturellement et directement de la structure fédérale de l'ordre juridique américain, obsédé depuis ses origines par le problème de la répartition des compétences normatives entre l'entité fédérale et les Etats membres comme entre les Etats membres eux-mêmes* » (B. ANCEL, « Compte rendu de l'ouvrage : Brilmayer (Lea) : Conflict of Laws. Foundations and Future Directions », *RCDIP*, 1993, p. 849).

1364 Le postulat de principe est que « *l'Etat qui édicte une règle met en œuvre une politique (*policy*) tendant à un certain but, et par conséquent que cet Etat a un intérêt à l'application de la règle chaque fois que les circonstances de fait qu'elle vise sont réunies. A cet égard, il n'y a pas lieu pour lui de distinguer une situation multiétatique d'une situation interne : la question est dans chaque cas de savoir si la politique législative qui inspire la règle appelle son application dans le cas précis ; simplement, dans la situation multiétatique, les normes en présence émanent d'ordres juridiques différents* » (B. AUDIT, *op. cit.*, spéc. p. 244).

1365 « *S'il y a vrai conflit et que l'une des lois est celle du for, le tribunal doit l'appliquer ; car il n'appartient pas au juge, selon Currie, de se substituer au législateur en procédant à une évaluation des intérêts qui conduirait à la laisser s'effacer. Conscient du danger de* forum shopping *que crée cette attitude, Currie atténuera cette position en préconisant une interprétation « modérée et restreinte » de la loi du for* » (*ibid.*., spéc. p. 245).

1366 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°31, p. 58 et s.

1367 V. *supra* n°108. Pour rappel, « *[l]a réponse à la question de la définition de la communauté ne peut alors être recherchée que dans la seule effectivité de l'autonomie revendiquée. On verra plus loin que celle-ci se signalera d'une part par l'existence d'un mécanisme juridictionnel effectif, d'autre part par la mise en place d'un système de gestion des rapports entre son ordre normatif et les droits exogènes* » (*ibid.*, n°341, p. 341).

1368 *Ibid.*, note 177 à propos de la méthode des intérêts gouvernementaux de Currie.

1369 *Ibid.*, note 904.

disproportionnée à l'article 8 de la Convention EDH[1370] ? Relevant qu'aucune articulation entre les textes n'est prévue par ceux-ci[1371], et que l'application isolée de ceux-ci mène à des résultats différents, le tribunal effectue un contrôle de proportionnalité au motif que « *[d]ans ce cas, il est peu probable que l'on parvienne à une cohésion totale, ou à une harmonisation et il est alors nécessaire de trouver des accommodements ou un compromis* »[1372]. Le compromis, ou l'accommodation, est ainsi réalisé par la décision du juge anglais. Suite à l'examen de proportionnalité mené *in concreto*, le Tribunal conclue que l'atteinte serait disproportionnée si les requérants avaient effectué une demande de protection internationale au sens de la directive 2011/95 en France, leur enjoignant alors de faire les démarches nécessaires. Tel n'était en effet pas le cas en l'espèce, en raison de la crainte de la lenteur de la procédure française. La France devrait alors pouvoir exiger de l'Angleterre la prise en charge des enfants au titre de l'article 21 du règlement Dublin III, une telle solution étant conforme aux exigences de l'article 8 de la Convention EDH et au Règlement.

Dans quelle mesure un tel raisonnement est-il transposable au domaine « traditionnel » du conflit de lois[1373] selon une approche unilatéraliste ? Deux points particuliers méritent l'attention pour notre étude : si l'accommodement est une technique *a priori* judicieuse, elle se révèle en réalité doublement limitée (1) ; par ailleurs, l'accent porté sur l'office du juge ouvre de nouvelles pistes de réflexion (2).

1) L'accommodement, une technique doublement limitée

360. Pour ne pas résulter en une application cumulative de devoirs de conduite, les éléments à articuler doivent en réalité connaitre une physionomie particulière (a). Si l'accommodement permet une approche plus fine des « faux conflits », la résolution du « vrai conflit » reste en réalité, et l'argument est bien connu de la doctrine unilatéraliste classique précédemment évoquée, insatisfaisante (b).

a) L'accommodement suppose une physionomie particulière des éléments à concilier

361. Dans le cadre spécifique du droit international privé, l'accommodement résulte nécessairement en une application cumulative des exigences des deux « régimes juridiques ».

Tel n'est certes pas le cas dans l'exemple choisi par H. Muir Watt ; mais cela s'explique en raison même de la nature d'un des « régimes juridiques » à concilier, le droit fondamental à la vie familiale de l'article 8 de la Convention EDH. En effet, il ne s'agit pas de penser la relation entre différents devoirs de conduite. L'article 8 de la Convention EDH, comme par ailleurs les libertés de circulation du droit de l'Union européenne, ne véhiculent pas de devoirs de conduite précis, dont il suffirait d'effectuer une subsomption au cas d'espèce. Comme le souligne R. Legendre, les droits

[1370] Point 53 de la décision : « (53) *We reiterate the test which we consider is to be applied : have the Applicants demonstrated a disproportionate interference with their rights to respect for family life under Article 8 ECHR consequent upon the Secretary of State's refusal to admit Applicants (1) - (4) swiftly to the United Kingdom outwith the full rigour of the Dublin Regulation procedures and mechanisms ? The answer to this question involves a balance of the public interest engaged, namely the maintenance of immigration control which, in this instance, involves primarily insistence upon the uncompromising application of the Dublin Regulation process (on the one hand) and the family life rights of all seven Applicants (on the other). In the interests of clarity, we add that the private life dimension of Article 8 ECHR does not form part of any of the Applicants'challenges. This is a family reunion case, pure and simple* ».

[1371] *« (48) As we have already noted, in EM (Eritrea) the Supreme Court held that the systemic deficiencies threshold does not supplant or trump, but coexists with, the Soering principle. In short, the Dublin Regulation exists, and operates alongside, the ECHR and, in the United Kingdom, the Human Rights Act 1998* ».

[1372] Point 49, traduction libre.

[1373] La réflexion de l'auteure ne s'inscrit pas exactement dans celui-ci. Sur son projet, v. *supra* n°108 et s.

fondamentaux sont « *des* principes *dont l'énoncé normatif ne contient aucune solution prédéterminée. Seule la mise en œuvre d'une technique spécifique peut donc en fournir.* "*Méthode de réalisation naturelle des droits fondamentaux*" *se rapportant à leur* "*essence*" *même, la proportionnalité leur donne sens et fixe leur portée* »[1374]. Plus concrètement, on observera que l'application des libertés ou droits fondamentaux est dépendante d'une première « mesure » ou « application » concrète, dont la conformité aux libertés de circulation ou aux droits fondamentaux est examinée[1375]. Dans l'exemple analysé par H. Muir Watt, il s'agit bien d'examiner la conformité de la décision de refus de la secrétaire d'Etat d'accueillir les enfants migrants. *In abstracto*, il est en effet impossible d'affirmer l'incompatibilité entre le règlement Dublin III et l'article 8 de la Convention EDH. L'appréciation de la conformité de l'application particulière du règlement, ou de toute mesure concrète, à une liberté ou un droit fondamental appelle un type de raisonnement particulier, caractérisé par son approche *in concreto* et sa souplesse[1376]. Comme le souligne T. Marzal Yenato à propos des libertés de circulation du droit de l'Union européenne, celles-ci « *n'agissent pas à l'encontre du droit substantiel des Etats-membres en tant que tel, mais plutôt à l'encontre de l'application de ce droit dans un cas particulier* »[1377].

Il ne s'agit pas tant ici d'insister sur le fait que les éléments à coordonner sont de « nature » différente. La coordination par l'outil de la proportionnalité pourrait s'effectuer entre deux droits fondamentaux d'une part (soit de même nature) ; d'autre part, nous avons vu que les normes non étatiques ne possédaient pas les mêmes qualités que les normes étatiques, et qu'il existait donc là-aussi une certaine hétérogénéité des éléments à coordonner. Cependant, il est intéressant de noter que l'accommodement est rendu possible par l'absence d'énoncé normatif suffisamment précis d'un des éléments à coordonner. Or, une telle physionomie est loin d'être la caractéristique de toutes les normes que l'on pourrait considérer, selon une approche souple, comme « non étatiques ». Mais surtout, elle ne correspond pas à la définition de norme non étatique que nous avons retenue : la norme non étatique doit véhiculer un devoir de conduite suffisamment précis et susceptible de sanction pour que les parties se retrouvent dans une situation de *Pflichtenkonflikt*[1378] digne de protection par les techniques du droit international privé.

1374 R. LEGENDRE, *op. cit.*, n°264, p. 167. Le terme « principes » est en italique chez l'auteure.

1375 A. MARZAL YENATO, *La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2014. Il s'agit d'une « *évaluation* in concreto *de caractère empirique* » (spéc. n°548, p. 206). On remarquera tout de même que la dernière version de la thèse de l'auteur ne retient pas cette formulation.

1376 T. MARZAL YENATO va même jusqu'à parler de « *conflit entre paradigmes ou simplement entre formes de raisonnement alternatives. En effet, tandis que les règles de conflits de lois présupposent un raisonnement syllogistique, le principe de proportionnalité développé par la Cour s'insère dans une conception qui est réfractaire à toute opération d'abstraction* » (*ibid.*, n°558, p. 211). « *Somme toute, faut-il conclure, la compréhension du rapport entre les libertés de circulation et les réglementations étatiques, dont les règles de conflit de lois, exige de distinguer entre les deux dimensions de la norme. En tant que décision, le droit étatique est simplement susceptible d'entraver la circulation intracommunautaire et, dès lors, de déclencher l'examen de sa proportionnalité. En tant que fondement, le droit étatique est simplement ignoré, la Cour de justice se fiant à une évaluation in concreto coûts-bénéfices qui n'a pas pourtant par effet de le remplacer, l'invalider ou s'y imposer par un principe de hiérarchie de normes. Ainsi, le conflit entre les libertés de circulation et les réglementations étatiques n'est pas un conflit entre normes mais entre paradigmes ou formes de raisonnements* », n°562, p. 213).

1377 « [*L*]*es libertés de circulation* "n'agissent pas à l'encontre du droit substantiel des Etats membres en tant que tel, mais plutôt à l'encontre de l'application de ce droit dans un cas particulier *». Elles affectent* "l'application" *d'une règle de conflit et non pas la règle en elle-même, n'intervenant que lorsque ladite application provoque des* "résultats" *incompatibles avec le droit de l'Union, raison pour laquelle il ne saurait pas y avoir de règle de conflit « cachée » sous les libertés de circulation* » (T. MARZAL YENATO, *op. cit.*, spéc. n°557, p. 210, citant M. FALLON et J. MEEUSEN, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, p. 37, spéc. p. 64 et s.).

1378 V. *supra* n°158, 172, 186.

Cette physionomie particulière d'un des éléments à coordonner que postule le contrôle de proportionnalité suppose l'intégration de cet élément dans un ordre juridico-étatique donné, ou du moins un degré de dépendance important avec celui-ci du point de vue du juge saisi. Seulement une fois cette condition remplie, il est possible pour le juge de faire jouer l'outil de la proportionnalité.

Cette hypothèse ne correspond pas à celle d'une coordination avec une norme considérée par le for comme lui étant étrangère.

b) L'accommodement ne permet pas de résoudre les vrais conflits autrement que par le cumul des devoirs de conduite

362. A admettre qu'un tel accommodement soit envisageable sur le terrain du conflit de lois, il permet tout au plus de résoudre le vrai conflit par un cumul des différents devoirs de conduite véhiculés par les lois en conflit.

Selon les propos déjà cités d'H. Muir Watt, il s'agirait « *de vérifier si les liens qu'entretiennent ces règles avec la situation litigieuse sont de nature ou non à réaliser en l'espèce les politiques législatives qu'elles véhiculent* »[1379]. Comme elle le souligne, il s'agit en conflit de lois de l'approche prônée par Currie[1380] et cette approche est marquée par une éthique du « décentrement »[1381], puisqu'il s'agit de se placer du point de vue du droit étranger pour apprécier *in concreto* la réalisation des politiques législatives dont les normes sont l'expression.

363. On remarquera que l'analyse des intérêts gouvernementaux, si elle procède également à un examen *in concreto* des différentes politiques législatives, ne se solde pas par un accommodement. Bien davantage, l'intérêt de cette technique (par ailleurs reconnu par une partie de la doctrine) est de mettre en lumière l'existence de faux conflits de lois. Ces faux conflits n'en étant précisément pas, une seule loi unique est *in fine* appliquée. Il ne s'agit pas de procéder à un accommodement des différentes lois considérées, avant la mise en œuvre de l'analyse des intérêts gouvernementaux, comme potentiellement applicables.

En d'autres termes, au contraire de la théorie de Currie, le principe de proportionnalité ne s'inscrit pas dans le syllogisme judiciaire tout en le supposant[1382]. Loin de vouloir apporter ici une véritable démonstration de la divergence de méthode entre syllogisme et proportionnalité, qui a déjà pu être menée par d'autres[1383], il s'agit plus simplement de relever que le principe de proportionnalité suppose en amont, dans notre hypothèse, que les normes aient une « véritable » et égale vocation

---

1379 *Op. cit.*, n°31, p. 59, note 177.
1380 *Ibid.*, n°31, p. 58 et s.
1381 Compris comme « *impliquant la suspension de ses propres positions avant de décider, afin de se placer du point de vue d'autrui. Cette posture éthique implique d'accepter une pluralité de vérités, tout comme l'exige le perspectivisme sur le terrain politique. Elle se traduit également dans le statutisme, et spécifiquement dans la méthode récognitive, en droit international privé, par l'injonction de considérer l'autre (la norme exogène) telle qu'elle est : la loi étrangère, ou la situation qui se constitue sur son fondement, est reçue selon ses propres critères ou "telle qu'elle est"* » (H. MUIR WATT, *op. cit.*, n°367, p. 365 ; « Décentrement et hospitalité : libre propos sur l'éthique et les méthodes du droit international privé », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 443, spéc. n°373 et s., p. 445 et s.).
1382 Sur l'absence d'incompatibilité entre les deux méthodes : B. ANCEL, c. r. de la thèse de A. Marzal Yenato, *RCDIP* 2015, p. 295.
1383 A. MARZAL YENATO, *op. cit.*, v. not. n°339 et s., p. 137 et s. (analyse toutefois restreinte au droit de l'Union européenne).

à s'appliquer[1384] pour que l'accommodement ou le compromis puisse être recherché ; rien ne sert de rechercher une solution de compromis dans le cas où la loi étrangère n'a *in concreto* aucune volonté à s'appliquer.

364. Le principe de proportionnalité, en conflit de lois, aurait donc une toute autre portée que l'analyse des intérêts gouvernementaux, puisqu'il viendrait se limiter à apporter une solution au « vrai » conflit. Or, force est d'observer qu'il se résout au mieux, lorsque les devoirs de conduite véhiculés par les différentes normes ne sont pas incompatibles, par le cumul des devoirs de conduite.

En effet, lorsque les devoirs de conduite véhiculés par les différentes normes ne sont pas incompatibles dans leur résultat, mais comportent des exigences différentes (divorce étatique supposant une séparation de vie d'une certaine durée, comme en droit allemand[1385], et divorce supposant, selon les normes hébraïques, la remise du *guet*), l'accommodement semble difficilement envisageable. Les devoirs de conduite étant véhiculés par des normes appartenant à des communautés distinctes, il s'agit en réalité d'imposer aux parties un cumul des exigences des différentes normes, des différents devoirs de conduite[1386]. Retenir un cumul des devoirs de conduite revient à imposer aux parties le respect d'un ensemble d'exigences qui ne sont demandées par aucune des lois en conflit considérée individuellement, soit à faire peser sur les parties les conséquences normatives de l'internationalité du rapport litigieux (et de risquer de déjouer leurs prévisions). On remarquera tout de même qu'en pratique, comme nous l'avons déjà remarqué à l'égard du mariage, l'hypothèse de cumul est souvent celle vécue par les parties[1387].

D'autre part, l'hypothèse d'incompatibilité des devoirs de conduite ne peut être résolue par la technique de la proportionnalité. Il s'agit d'une variation de la critique classique adressée à l'unilatéralisme, et tout particulièrement à la théorie des intérêts gouvernementaux. On reprendra l'exemple développé par M. Halberstam, dans un domaine qui dépasse celui du droit international privé : « *la loi juive non seulement autorise, mais exige un avortement s'il est nécessaire pour sauver la vie de la mère. Supposons que la loi de l'Etat interdise l'avortement. La loi juive accorde évidemment plus d'importance à la préservation de la vie de la mère, une vie qui s'achève. L'Etat estime qu'il faut interdire à quiconque d'ôter la vie pour quelque raison que ce soit afin de préserver son caractère sacré. Bien que nous puissions tous avoir des opinions sur la règle que nous considérons comme la meilleure, peut-on vraiment déterminer quel intérêt est le plus important*

1384 V. par exemple la définition générale du principe de proportionnalité retenue par D. KENNEDY, cherchant à formuler un schéma unique du principe de proportionnalité, commun notamment au droit public et au droit privé, « *[o]nce abstracted and re-specified in these ways, my hypothesis is a single evolving template, organised around conflict between rights and powers, between powers, or between rights, involving in each case the same three questions: (a) Have the parties acted within, or been injured with respect to, their legally recognised powers or rights? (b) Has the injuror acted in a way that avoids unnecessary injury to the victims legally protected interest? (c) If so, is the injury acceptable given the relative importance of the rights or powers asserted by the injuror and the victim* ? » (« A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », *in* R. Brownsword *et alii* (éd.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2011, p. 185, spéc. p. 218).

1385 Art. 1565 et s. du BGB.

1386 V. la décision de la Cour du Québec se prononçant à la fois sur le divorce civil et religieux *infra* n°366 (*I. (S.) v E. (E.)* EYB 2005-95189 (CSQ)).

1387 A titre d'exemple, M.-C. FOBLETS met en lumière ce qu'elle nomme la pratique du « double mariage » : les ressortissants célèbrent sur le sol belge des mariages selon le rite malékite marocain et indépendamment de l'acte passé devant l'officier d'état civil belge. Cette pratique aurait l'avantage de mettre les époux en accord avec la règle et les valeurs du groupe social auquel ils appartiennent. Selon les termes de l'auteure, il existe ainsi un « *« double usage » d'institutions juridiques pour un seul et unique espace conjugal* » (*Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Paris, Ed. Karthala, 1994, p. 37 ; p. 51 et s.).

(l'intérêt de l'État à préserver le caractère sacré de la vie ou l'intérêt de la halakha à préserver une vie existante) ? Je ne le crois pas. […] C'est pourquoi l'analyse des intérêts est utile en cas de faux conflit et, éventuellement, lorsqu'un intérêt est très substantiel et l'autre marginal, mais pas lorsque les deux parties ont un intérêt substantiel » [1388].

Une fois les lois étrangères véhiculant des devoirs de conduite reposant sur des valeurs divergentes considérées en situation de « vrai » conflit, l'accommodement se révèle impossible : au regard de quel critère faire primer une exigence sur une autre, notamment lorsqu'aucune norme du for n'est concernée ?

On remarquera que cette hypothèse est tout de même particulièrement limitée dans le cadre de l'approche que nous avons poursuivie jusque-là, puisque la norme non étatique a été définie comme celle exprimée par une communauté que l'Etat étranger « reconnait » au sens large[1389].

Une fois l'incompatibilité des devoirs de conduite constatée, convient-il alors de prôner un retour à la *lex fori* en raison de sa vocation subsidiaire ? Une telle solution ne saurait être satisfaisante. Il est possible à cet égard de renvoyer aux objections émises précédemment quant à l'absence de résolution convaincante du « vrai » conflit par l'unilatéralisme classique, notamment en présence de normes non étatiques[1390]. Un retour à la *lex fori* ne permet pas de penser de réponse plus nuancée, ou de compromis, quant à l'articulation entre norme étatique et non étatique[1391].

En réalité, il s'agit là encore de la difficulté pour l'unilatéralisme de penser la coordination entre norme étatique et non étatique autrement que par leur confrontation. Le principe de proportionnalité, pourtant *a priori* prometteur, n'apparait pas une solution satisfaisante car il ne semble pas pouvoir aboutir à un autre résultat que le cumul des devoirs de conduite en présence de vrais conflits.

2) Accommodement et office du juge

365. Il est intéressant de noter la centralité de la question de l'office du juge dans la méthode proposée par H. Muir Watt : c'est le juge lui-même, par sa décision, qui opère l'accommodement, grâce aux prérogatives qui sont les siennes. Dans l'espèce utilisée comme exemple, le Tribunal anglais enjoint aux parties d'effectuer des démarches administratives devant les juridictions françaises. Pourrait-on envisager en droit international privé que le juge enjoigne aux parties de se conformer à des exigences non étatiques (saisine du rabbin[1392], prononciation du *talaq*[1393]…) ?

1388 M. HALBERSTAM, « Interest Analysis and Dina Demalhuta Dine, A Comment on Aaron Kirschenbaum, the Sovereign Power of the State : A Proposed Theory of Accommodation in Jewish Law », *Cardozo Law Review*, 1990 (12), p. 951, spéc. p. 953, traduction libre.

1389 V. *supra* n°192 et s.

1390 V. *supra* n°357 et s.

1391 V. pour notre approche, *infra* n°380 et s.

1392 V. la proposition de C. HERFARTH *infra* n°469.

1393 Le *talaq* est selon les normes islamiques l'acte unilatéral du mari mettant fin au mariage, soit la répudiation de son épouse. C'est une manière très usitée de mettre fin à un mariage dans la tradition islamique (P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2013, p. 51). Cette dissolution a la particularité de se réaliser pleinement par déclaration, par la prononciation du terme « *talaq* » trois fois, sans nécessairement avoir recours au tribunal (les différentes normes divergent cependant sur ce point ; en Iran, la répudiation s'opère nécessairement devant le juge, v. Z. MIR-HOSSEINI, « Sharia and National Law in Iran », *in* J. M. Otto (éd.), *Sharia Incorporated: A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden University Press, 2010, p. 319, spéc. p. 353 et s.). V. par exemple

Une telle solution recouvre un spectre assez large de solutions et pourrait par exemple se traduire par une coopération d'autorités, un sursis à statuer, une injonction particulière adressée aux parties[1394].

366. C'est ainsi qu'au Canada, et plus précisément au Québec, une certaine coordination avec les normes religieuses islamiques a pu être opérée. A l'occasion d'une instance en divorce, la Cour supérieure du Québec s'est penchée sur la question du divorce religieux après avoir statué sur le divorce civil d'époux musulmans selon la loi canadienne. La Cour a ordonné à l'époux de faire tout le nécessaire pour que le divorce religieux ait lieu, ce qui s'est traduit par l'obligation de se rendre, à la suite du jugement définitif, au consulat du pays de sa nationalité afin d'y déclarer le divorce religieux, ainsi que pour l'époux à prononcer « *talaq* » trois fois devant la Cour, « devant deux témoins musulmans », « en signe de sa bonne foi »[1395]. La Cour n'applique pas la norme religieuse, mais tente de concilier normes étatiques et non étatiques (assurant par ce biais l'effectivité sociale[1396] de sa propre décision).

367. L'accommodement peut également se réaliser, non plus par une injonction faite à l'une ou aux deux parties, mais grâce à la mise en place d'une coopération d'autorités[1397]. Il a ainsi pu être proposé en doctrine d'assurer le concours d'autorités religieuses, notamment rabbiniques, à l'élaboration de la décision du juge étatique[1398]. L'intervention des autorités peut alors être assimilée à une condition matérielle préalable, à un avis d'expert, à un acte notarial[1399]. Une telle solution peut se fonder sur le droit positif : il a ainsi pu être admis que le certificat de coutume dressé par le Rabbinat de Paris pouvait apporter la preuve du contenu des normes de la communauté israélite de Tunisie[1400].

Nous ne pouvons retenir une telle solution. Un tel accommodement suppose de concevoir les communautés religieuses en tant qu'institutions transnationales : le représentant d'une communauté religieuse sur le sol du *for* serait susceptible de rendre la même solution que l'autorité religieuse étrangère. D'une part, les communautés socioculturelles, au sens précédemment dégagé,

---

l'article 110 de la loi de 1917 du Liban, qui prévoit que « le mari qui a répudié sa femme est tenu d'en informer le juge. Il doit également dans un délai d'un mois notifier sa décision aux services de l'état civil » (loi du 7 décembre 1951, articles 28 et 29), v. P. GANNAGE, « Liban », *Jurisclasseur Droit comparé*, Fasc. 2, 2009, n°64. L'auteur ajoute que le défaut d'accomplissement de ces formalités « *n'expose les parties qu'au paiement d'une faible amende (art. 24 L. 1951). Il ne saurait rejaillir sur la validité de la répudiation* ». La formule « *talaq, talaq, talaq* » est irrévocable (R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Droit international privé et répudiation islamique*, Préf. J. Foyer, LGDJ, Paris, 2002, n°116 et s., p. 51 et s. ; P. FOURNIER, *op. cit.*, p. 51).

1394 V. *infra* n°468 et s. pour une étude plus approfondie.

1395 *I.(S.) v E.(E.)* EYB 2005-95189 (CSQ), par. 66. Décision citée par P. FOURNIER, *op. cit.*, p. 123.

1396 Sur la sanction sociale, v. *supra* n°173 et s.

1397 Une autre possibilité, en droit interne, est de préférer un aménagement au sein même des institutions judiciaires, en prévoyant la mise en place de mécanismes spécifiques de médiation ou de conciliation, notamment en matière familiale (sur l'introduction d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille : A. DEPONDT, « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *JCP*, 2015, p. 429) et notamment à l'initiative du juge français (art. 21 du Code de procédure civile).

1398 P. LAGARDE, compte-rendu de la thèse de C. HERFARTH, *Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, *RCDIP* 2003, p. 203.

1399 V. sur ces options : P. GANNAGE, « Le juge civil face aux droits religieux », *in De Tous Horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 247, spéc. p. 253 et s.

1400 Civ. 1, 21 juillet 1987, *RCDIP* 1988, p. 329, note B. ANCEL, saluant la solution : « *le document produit émanait d'une autorité religieuse de la confession dont le droit formait le statut personnel des intéressés et […] il était légitime de présumer la neutralité de celle-ci - peu portée à altérer la loi dont elle est par été constituée gardienne* » (spéc. p. 332).

ne se conçoivent pas nécessairement comme transnationales et peuvent donc ne connaitre aucun potentiel représentant sur le sol du for (groupes ethniques). D'autre part, les normes des communautés non étatiques subissent l'influence de leur environnement, et notamment celle de l'Etat étranger[1401]. Tel est notamment le cas de la communauté hébraïque et de son point de vue : la règle du « *Dina d'malkuta dina* » (« la loi du royaume est la loi »), « *gouverne la jurisprudence à partir de laquelle il est possible d'adapter les lois juives au contexte législatif de l'entourage dans lequel elles évoluent* »[1402]. L'intervention du Rabbinat de Paris ne peut être considérée comme équivalente à celle du Rabbinat étranger (israélien, marocain, etc.). Certes, il existe un cœur de normes impératives inhérent à la communauté hébraïque, relatives notamment aux conditions de formation et de dissolution du mariage. Mais pour le reste, il reste difficile d'admettre l'universalité des solutions rendues par les représentants religieux ; des différences matérielles existent[1403]. Même s'il est concevable qu'une telle universalité existe pour les ordres non étatiques particulièrement institutionnalisés, il ne semble pas satisfaisant de partir, par principe, de l'universalité des solutions rendues par les représentants des communautés non étatiques. La solution rendue par le représentant de la communauté non étatique présent sur le territoire du for risque de heurter les prévisions des parties quant au contenu de celle-ci. On pourrait alors davantage songer à l'introduction d'un sursis à statuer en attendant que des tribunaux religieux étrangers se prononcent ou en attendant l'obtention du *guet* de droit hébraïque[1404].

De telles pistes de réflexion sont particulièrement stimulantes. On retiendra à ce stade que l'injonction faite aux parties ou le sursis à statuer du juge français paraissent des solutions plus pertinentes que la coopération avec des autorités locales. Retenir cette dernière option reviendrait à nier le caractère international du litige et irait à l'encontre de la définition de la communauté précédemment retenue.

En conclusion, l'approche unilatérale classique, en créant une confrontation entre les lois ayant vocation à s'appliquer au litige et en les plaçant sur un pied d'égalité, ne permet pas la désignation d'une norme non étatique en cas de vrai conflit. Revisitée par l'introduction du principe de proportionnalité, cette approche a pour nécessaire résultat l'application cumulative des devoirs de conduite véhiculés par les différentes normes. Ce résultat ne peut être satisfaisant : d'une part, ces devoirs de conduite peuvent se révéler incompatibles ; d'autre part, le respect de l'ensemble des exigences des différentes normes revient à faire peser sur les parties les conséquences normatives de l'internationalité du rapport litigieux. L'idée d'accommodement des normes, ainsi que celle du rôle du juge saisi dans l'accommodement à réaliser, sont cependant prometteuses. Elles peuvent cependant également se penser dans une approche bilatérale revisitée.

1401 V. *supra* n°345.

1402 S.-A., GOLDBERG, « Dina Dé-malkhuta dina : la loi du Royaume est la loi », *in* F. Alvarez-Pereyre, L. Panafit (éd.), *Le droit interne hébraïque*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 103.

1403 K. WAHLER, *op. cit.*, spéc. p. 138 et s.

1404 Il s'agit d'une des propositions de Ch. HERFARTH, telles que rapportées par P. LAGARDE (*op. cit.*). Sur notre proposition, v. *infra* n°452 et s.

II- L'application circonstanciée de la norme non étatique selon la méthode bilatérale

368. Construire un concept de communauté au regard des objectifs particuliers de la matière familiale permet de répondre plus finement aux exigences de légitimité, d'effectivité et d'autonomie précédemment mises en lumière. Une telle proposition permet de justifier que, dans certains cas précis, la norme non étatique puisse être accueillie, ce que ne permet pas la doctrine unilatéraliste.

En se concentrant sur le champ d'application des normes en concurrence, l'approche unilatéraliste permet certes le « décentrement » en laissant la loi étrangère « décider » des modalités de son application. Cependant, cette approche suppose une définition *a priori* de ce qu'est une « loi » au sens du droit international privé. C'est ainsi qu'H. Muir Watt propose une définition générale de la « communauté », selon des caractéristiques qui recoupent pour une large part celles que nous avons pu dégager[1405]. Cette définition est nécessairement d'ordre général, c'est-à-dire applicable quelle que soit la matière, puisqu'elle est précisément, et c'est là également son intérêt, indépendante des objectifs du for, variant notamment selon les matières. A ce titre, ce serait la méthode la plus ouverte au pluralisme[1406].

Or, nous l'avons vu, l'unilatéralisme ne peut que difficilement mener à l'application de la norme d'une communauté non étatique, hormis l'hypothèse, selon nous purement théorique[1407], que celle-ci serait (désignée par exemple au terme d'une analyse des intérêts gouvernementaux), la seule ayant vocation à s'appliquer.

La méthode bilatéraliste, en désignant l'ordre juridique ou la communauté par un élément de rattachement pensé en fonction des objectifs poursuivis par le for, peut *a priori* plus aisément aboutir à la désignation d'une norme non étatique. Il « suffirait » de trouver un élément de rattachement ne se rapportant, du moins pas uniquement, au territoire et retranscrivant l'existence d'un lien de nature socioculturelle. Là est en réalité l'argument central : la méthode bilatérale permet des « accommodements » ou « ajustements », justifiés en fonction de la matière, lors de l'étape du rattachement ou de la « localisation » du litige dans un ordre normatif (A).

On remarquera que certaines propositions doctrinales prévoyant l'application d'une norme non étatique ont en commun de préconiser la vérification d'un critère particulier, pouvant être considéré comme un critère de rattachement au sens de la méthode bilatéraliste : l'appartenance commune des parties à une même communauté non étatique. Un tel critère se révèle cependant insatisfaisant, permettant d'insister sur la nécessité de revisiter en profondeur la méthode bilatéraliste (B).

A- Localisation et possibilité d'accommodement

369. Nous n'insisterons pas sur ce point, déjà abordé[1408] : l'existence d'une étape intermédiaire de rattachement du litige à un « ordre » particulier est le propre de la méthode bilatéraliste. Puisque toutes les lois sont réputées avoir vocation à s'appliquer à un même rapport de droit, le choix

[1405] V. *supra* n°168 et s. Il en va de même pour P. S. Berman, v. *infra* n°372.
[1406] Voire la seule s'en inspirant : D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275.
[1407] V. sur les revendications étatiques *supra* n°160 et s.
[1408] V. *supra* n°136.

s'effectue à l'aide d'un critère désignant un ordre ou un système juridique (classiquement étatique). L'ordre est ainsi l'unité de base permettant de penser l'universalité de la méthode. On parle à ce titre de localisation du siège du rapport de droit[1409]. Une fois l'ordre étranger identifié à l'aide de l'élément de rattachement, il convient d'appliquer au sein de celui-ci la norme substantielle permettant la résolution du litige soumis au for. La désignation de la norme étrangère s'effectue donc en deux étapes. Il est donc théoriquement possible de penser un rattachement en plusieurs temps[1410], permettant l'application d'une norme non étatique.

A priori, la méthode bilatéraliste permet, précisément par ce rattachement en plusieurs temps, de penser une certaine articulation des points de vue étatique et non étatique.

B- Le rejet du critère de l'appartenance commune des parties à une communauté

370. Certains auteurs proposent d'ériger l'appartenance des individus à une même communauté (éventuellement non étatique) en condition de désignation d'une norme non étatique. Il s'agit là cependant de l'unique point commun aux propositions de C. Kessedjian et de P. S. Berman, qui s'inscrivent dans des approches et traditions juridiques différentes (1). Le critère de l'appartenance des parties à une même communauté ne saurait cependant, dans l'un comme dans l'autre cas, convaincre (2).

1) Présentation des propositions doctrinales

371. On en conviendra : ces propositions sont purement doctrinales et, si elles ont pour point commun d'être pensées à partir du droit international public, elles semblent s'inscrire dans des courants méthodologiques différents. A l'approche unilatéraliste de P. S. Berman (a) s'oppose la règle de conflit d'inspiration bilatéraliste de C. Kessedjian (b).

a) La « community-based analysis » (P. S. Berman)

372. P. S. Berman[1411] défend une « *community-based analysis* », s'inscrivant dans sa « vision cosmopolite »[1412], qui se déploie, sur le terrain du droit international privé[1413], tant sur le plan du

---

1409 Sur ce terme savignien, v. P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 11ème éd., 2023, n°135, p. 105 et s.

1410 V. *supra* n°134 et s.

1411 P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *University of Pennsylvania Law Review*, 2002 (151), p. 311.

1412 V. *supra* n°11 et *ibid.*, spéc. p. 492 et s. : « *[a] cosmopolitan conception of jurisdiction, in contrast, makes no attempt to deny the multirootedness of individuals within a variety of communities, both territorial and non-territorial. Indeed, the basic tenet of cosmopolitanism, as I define it, is the acknowledgment of multiple communities, rather than the erasure of all communities except the most encompassing. Thus, although a cosmopolitan conception of jurisdiction acknowledges the potential importance of asserting universal jurisdiction in specific circumstances, it does not require a universalist belief in a single world community. In addition, a truly pluralist conception of jurisdiction recognizes that law does not reside solely in the coercive commands of a sovereign power. Rather, law is constantly constructed through the contest of various norm-generating communities. […] Indeed, once we recognize that the state does not hold a monopoly on the articulation and exercise of legal norms, then we can see law as a terrain of engagement, where various communities debate different visions of alternative futures. And the idea of jurisdiction necessarily becomes a locus for this debate because it is in the assertion of jurisdiction itself that these norm-generating communities seize the language of law and articulate visions of future worlds. If jurisdiction is, literally, the ability to speak as a community, then we can begin to develop a "natural law of jurisdiction" ; where communities claim the authority to use the language of the law based on a right or entitlement that precedes the particular sovereignties of the present moment. […] [A] cosmopolitan pluralist framework emphasizes the process of interaction among a wide variety of norm-generating communities that are based on the entire panoply of multiple overlapping affiliations and attachments people actually experience in their daily lives, from the local to the global (including some affiliations not based on territory at all)* » (nous soulignons).

1413 L'approche de l'auteur ne saurait cependant se réduire au domaine du droit international privé ; l'approche présentée a vocation à s'appliquer au droit international conçu au sens large.

conflit de lois[1414] que sur celui de la reconnaissance des jugements[1415]. Il s'agit, dans ces domaines, d'accorder une relevance aux communautés non étatiques[1416]. Le modèle proposé est fondé sur une réflexion en termes de soumission d'un acteur (demandeur ou défendeur), indépendamment de son lieu de résidence[1417], ou du litige, au pouvoir normatif de la communauté du for. L'approche prônée par l'auteur est ainsi d'inspiration unilatéraliste, dans la mesure où il s'agit de prendre pour point de départ la « volonté » des lois à s'appliquer (ou plus justement : l'intérêt des communautés à régir le litige) et de concrètement vérifier en premier lieu si la communauté du for est intéressée au règlement du litige. En affirmant sa compétence puis l'application de sa loi, le for peut en effet venir régir des litiges concernant la communauté à laquelle il appartient et affirmer ainsi son pouvoir normatif.

Plusieurs critères jouent un rôle significatif pour caractériser l'intérêt de l'ordre juridique du for à la résolution du litige selon ses normes. Les principaux sont l'appartenance du demandeur ou du défendeur à la communauté du juge saisi et l'importance du litige pour la communauté du juge saisi. A l'inverse, l'appartenance du demandeur, comme du défendeur, à une même communauté étrangère revendiquant l'application de sa loi est un indice en faveur de l'application de la loi de la communauté étrangère.

L'auteur se concentre sur la question de la compétence du juge[1418] (« *jurisdiction* »[1419]) et propose le modèle suivant : le for reconnait sa compétence si (1) le demandeur ou le défendeur est membre

---

1414 P. S. BERMAN, *op. cit.*, spéc. p. 495 : « *the assertion of jurisdiction is therefore the act that sets these normative views in conflict* ».

1415 Sur les deux plans se déploie le concept de « *jurispersuasion* », qui répond à la question générale de la relevance des communautés non étatiques (v. *supra* n°189 et s.).

1416 *Ibid.*, p. 495 et s. (traduction libre, nous soulignons) : « *[a]ccordingly, a cosmopolitan pluralist conception of jurisdiction would provide all the multiple attachments we might call "community" with an opportunity to establish both their claim to community status and their particular normative commitments on the legal stage of jurisdiction. Jurisdiction thus becomes the locus for debates about the appropriate definition of community and the articulation of norms. In practice, this means that territorially based limitations on the assertion of jurisdiction are inappropriate because they reify arbitrary boundaries and foreclose debate about either community definition or the evolution of substantive norms. In a cosmopolitan pluralist conception of jurisdiction, courts could not simply dismiss assertions of jurisdiction based on a mechanical counting of contacts with a geographically based sovereign entity. This is just as well because, as we have seen, such jurisdictional tests are routinely acknowledged as problematic in a contemporary world of interconnection and crossborder interaction. Instead, jurisdiction must be based on whether the parties before the court are appropriately conceptualized as members of the same community, however that community is defined* ».

1417 *Ibid.*, p. 501 : « *Most important, the cosmopolitan pluralist approach to jurisdiction requires that courts make explicit an inquiry that current jurisdictional rules obscure. If jurisdiction is in part about the assertion of community dominion over a distant actor, then courts should consider the nature of the community that has allegedly been harmed, the relationship of the dispute to that community, and the social meaning of asserting dominion over the actor in question. Accordingly, the jurisdictional inquiry becomes a site for discussion both about the nature of community affiliation and the changing role of territorial borders. The precise contours of the jurisdictional norms that would develop from this process are impossible to predict and would undoubtedly evolve over time. The crucial point, however, is that these discussions would not be truncated by a formulaic test that bears scant relationship to the core questions underlying the social meaning of jurisdiction* » (nous soulignons).

1418 V. aussi, relevant le caractère politique de la question de la compétence : C. RYNGAERT, « Territory in the Law of Jurisdiction : Imagining Alternatives », *in* M. Kuijer and W. Werner (éd.), *Netherlands Yearbook of International Law 2016 : The Changing Nature of Territoriality in International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, p. 49.

1419 L'auteur emploie ce terme dans un sens particulier ; il s'agit de « *conceptualize legal jurisdiction in terms of social interactions [among various regional, national, transnational, international, and cosmopolitan communities] that are fluid processes, not motionless demarcations frozen in time and space. A court in one country might therefore appropriately assert community dominion over a legal dispute even if the court's territorially based contacts with the dispute are minimal. Conversely, a country that has certain "contacts" with a dispute might nevertheless be unable to establish a tie between a local community and a distant defendant sufficient to justify asserting its dominion* ». (*ibid.*, spéc. p. 322). L'auteur exclut expressément une référence aux règles de conflit de lois en employant ce terme. V. ainsi note 32, p. 322 : « *[t]his broader conception of jurisdiction would necessarily affect choice of law as well, but a more detailed exploration of how these ideas apply to choice of law must await further elaboration in a future project* ».

de la communauté de celui-ci ou (2) si le litige revêt une importance particulière pour cette communauté[1420].

373. En allant au-delà de la pensée de l'auteur en introduisant la distinction entre compétence internationale et conflits de lois, tout en espérant ne pas trahir celle-là[1421], il nous semble qu'il serait possible de retenir la compétence du for et l'application de la loi étrangère dans deux cas particuliers : lorsque le défendeur et le demandeur appartiennent à la même communauté (non étatique) et que le litige intéresse le for, ou inversement (les parties appartiennent à la communauté du for et le litige intéresse une communauté non étatique étrangère)[1422]. En d'autres termes, l'accueil de la norme étrangère serait fondé sur l'appartenance du demandeur et du défendeur à une même communauté, qui peut être non étatique, ou encore sur le fait que le litige revêt pour celle-ci une importance particulière.

L'appartenance à la communauté serait concrètement déterminée selon les données suivantes : « *la détermination de l'appartenance à une communauté comporte à la fois un élément subjectif et un élément objectif. Les liens d'appartenance ressentis et exprimés par les individus sont pertinents, mais ces liens peuvent connaitre une traduction objective, telle la citoyenneté, les voyages effectués, les relevés téléphoniques, les activités sociales, les transactions financières, etc. En outre, une communauté particulièrement concernée par des activités transnationales pourrait juger bon d'affirmer sa domination sur un acteur éloigné, en se fondant uniquement sur l'impact des activités*

1420 *Ibid.*, p. 497 (nous soulignons) : « *Under most current jurisdictional analyses, a court assumes that the plaintiff is appropriately within the court's jurisdiction because the plaintiff, by bringing the lawsuit, has voluntarily submitted to its jurisdiction and is physically present within its territorial bounds. A court employing a community-based jurisdictional analysis, however, would need to determine if either (1) the plaintiff can appropriately be defined as a member of the community asserting jurisdiction, or (2) even if the plaintiff is not a community member, the issue the plaintiff raises is of such significance to the community that jurisdiction can be justified* ».
V. également p. 498 : « *As to the first inquiry -the plaintiff's community membership- a number of factors may be relevant. Some are familiar from current jurisdictional analyses : What is the plaintiffs citizenship ? Where is the plaintiff usually found ? But others are significantly different. For example, while jurisdictional inquiries often look only to the citizenship or primary residence of the party, a community-based model might find relevant community ties anywhere the party resides for a significant period of time, regardless of whether or not it is a primary residence. In addition, the presence of a relevant subcommunity within the jurisdiction might be a factor (for example, if the plaintiff has ties to others within the community based on common kinship, ethnicity, or interests). Even if the plaintiff does not possess such ties, jurisdiction would still be appropriate if the issue raised in the suit is of great importance to the community. For example, as we have seen, grave human rights violations might trigger various forms of universal or transnational jurisdiction* ».
Selon l'auteur, une telle approche ne mène pas nécessairement à retenir une compétence internationale plus large : v. pour les détails, *ibid.*, p. 500.

1421 Dans la pensée de l'auteur, la question de l'application par le for de la loi étrangère semble rester ouverte. V. notre note de bas de page 1413, *supra* n°472.

1422 *Ibid.*, p. 498 et s. : « *Jurisdiction might also be appropriate over a defendant who is a member of the community even if the plaintiff is not, because the community still has an obligation to police one of its own. Turning to the defendant, under a community-based analysis jurisdiction is proper if (1) the defendant can be deemed a member of the same community as the plaintiff, or (2) the defendant can be deemed a member of the forum community. Thus, for example, if plaintiff and defendant are bound by ethnic ties or are linked through transnational networks, jurisdiction might be appropriate even if the defendant lacked specific ties with the territorial location of the court. Conversely, even if plaintiff and defendant were not particularly linked, if the defendant can be deemed a member of the community where the court sits, jurisdiction would also be proper. In order to determine the community affiliation of the defendant, courts again could consider a variety of factors. These include the citizenship and residence of the defendant, the amount of activity the defendant conducts in the forum community, and the extent of the defendant's impact on the community. The jurisdictional analysis in criminal cases would be similar, focusing on the defendant's own community identification as well as the extent of the defendant's community activities or the impact of defendant's activities on the community. Such traditional factors as "purposeful availment" or "volitional contacts" could be substantially retained, but recast as an analysis of whether the defendant has become aligned with or bound to the community at issue* ».

du défendeur »[1423]. Une telle appréciation s'effectuerait ainsi *in concreto*, heurtant dans une mesure certaine la sécurité juridique[1424].

Retenir l'appartenance à une même communauté comme critère permettrait de construire un cadre adapté au contexte de la mondialisation et de la perte d'importance des frontières : ce critère viendrait remplacer le critère du lieu de résidence du défendeur et permettrait au juge saisi d'étendre sa compétence aux cas où la communauté au nom de laquelle il statue est intéressée à la résolution du conflit tout en n'ayant aucun lien d'ordre territorial avec le litige[1425]. Selon l'auteur, le changement ne serait pas radical[1426], puisque, par la recherche des points de contact qu'aurait le litige avec l'ordre juridique dont la loi est appliquée, l'appartenance à la communauté est déjà recherchée[1427].

b) Des rattachements en cascade (C. Kessedjian)

374. Dans une communication sur le lien entre culture et droit en droit international, C. Kessedjian s'intéresse, avant de se pencher sur le « principe de reconnaissance », au rôle spécifique de la règle de conflit de lois dans le respect des cultures et propose « *de travailler sur des critères de rattachement en cascade :*

- *Si les protagonistes appartiennent à la même « communauté », on leur appliquerait la règle communautaire, quelle que soit leur résidence (sous le seul couvert de l'ordre public du for) ;*
- *Dans le cas où ils n'appartiennent pas à la même communauté, on leur applique la loi de la résidence commune, sauf s'il est possible de faire une application distributive des différentes règles communautaires.*
- *La vraie difficulté survient dans les cas où les protagonistes n'appartiennent pas à une communauté commune et n'ont pas ou plus de résidence commune. Il faut alors trouver une norme acceptable. Souvent il est proposé d'appliquer la* lex fori*, loi du juge qui statue sur la relation juridique. Mais cela suppose que les protagonistes sont en litige et font appel au juge alors que l'on privilégie, aujourd'hui, les modes alternatifs*

[1423] *Ibid*., p. 498 et s., traduction libre.

[1424] Il ne s'agit cependant pas ici d'une critique fondamentale, une telle appréciation comprenant également des avantages certains, dont sa souplesse et sa justesse au regard du cas concret.

[1425] *« A community-based analysis, because it focuses less on the amount of volitional contact with a territorial entity, would likely result in the assertion of jurisdiction over such a territorially distant defendant if its products regularly end up in a given community and cause harm there » (Ibid.,* p. 499). Et l'auteur de préciser à la page suivante : « *[n]evertheless, it is important to emphasize that a community-based analysis would not necessarily result in broader assertions of jurisdiction than under current jurisdictional schemes. For example, the requirement that the plaintiff have community ties with the forum might well make forum-shopping more difficult because plaintiffs could not simply choose the community with the most convivial law regardless of social ties. Likewise, a community-based approach might not permit so-called transient-presence jurisdiction, where the defendant is present within the physical boundaries of a territory only briefly, or for an unrelated reason. Such transient-presence jurisdiction is generally permissible under territorial schemes, leading to such ludicrous activities as service of process in an airplane as it flies over a territorial jurisdiction. By inquiring about substantive ties to a community rather than formal contacts with a location, a community based approach would render such jurisdictional assertions more amenable to challenge. Finally, there might be occasions when a "minimum contacts" inquiry would find, say, that a couple of web "hits" in a jurisdiction would be sufficient to render a defendant subject to suit there. A community-based approach, however, would go beyond counting contacts to inquire about the substantive bonds formed between the member of the forum community and the territorially distant actor* » (p. 500).

[1426] *Contra* : H. L. BUXBAUM, « Public Regulation and Private Enforcement in a Global Economy : Strategies for Managing Conflict », *RCADI*, vol. 399, 2019, p. 274, spéc. p. 292.

[1427] P. S. BERMAN, *op. cit*., p. 497, traduction libre du passage suivant : « [*t]he changes are actually not so dramatic, however, because courts have already begun to use an analysis of community ties as the rubric for determining jurisdiction even while purporting to count contacts. Thus, in many respects the cosmopolitan pluralist framework merely makes explicit the analytical steps judges are already using implicitly* ».

de règlement des différends. S'il est possible d'appliquer distributivement les différentes lois en présence, pourquoi ne pas le faire et ne ressortir à la lex fori *qu'en tout dernier ressort* »[1428].

375. Limitant sa proposition à l'idée d'une prise en compte respectueuse de la culture, on pourrait se demander s'il s'agit là d'une proposition de règle de conflit de lois limitée à la matière personnelle et familiale, ou s'il s'agit d'une règle de conflit de portée générale. Aucun indice ne peut être tiré de la définition de la culture retenue par l'auteure : si celle-ci est le propre de la communauté, les communautés peuvent être diverses et être simplement « d'intérêts »[1429], ou encore professionnelles. Il s'agit en tout cas d'une règle de conflit de lois d'inspiration bilatéraliste, susceptible de désigner tant la loi du for qu'une norme étrangère.

Bien que s'inscrivant dans une démarche fondamentalement différente de celle de P. S. Berman, la proposition de l'auteure retient comme critère principal l'appartenance des parties à une même communauté. Celle-ci n'est plus déterminée *in concreto* mais serait, de manière critiquable, déterminable de manière abstraite. Dans l'un comme dans l'autre cas, une telle proposition ne parait pas satisfaisante et nécessite une réflexion au regard de la nature du litige.

2) Le rejet d'un critère intrinsèque aux parties : penser l'articulation en fonction de la nature du litige

376. Il convient de noter que les modèles proposés ne se limitent pas au domaine personnel et familial.

Sans une telle limitation, on éprouve certaines difficultés à déterminer les cas dans lesquels la mise en œuvre de la règle de conflit de lois pourrait mener à la désignation d'une norme non étatique. Pour apprécier la possibilité d'une telle désignation, il est nécessaire de revenir sur les postulats sur lesquels se fondent ces deux propositions.

Pour P. S. Berman, la communauté à laquelle se réfère sa méthode est la communauté socioculturelle, au sens retenu dans notre approche. En plus de se référer aux écrits de Cover[1430], l'auteur conçoit la communauté comme le lieu de débat de différents futurs possibles[1431], impliquant une inscription dans le temps et dans l'espace social de celle-ci. D'un point de vue davantage technique, la « *community-based approach* » répond au fonctionnement de l'analyse des intérêts gouvernementaux : il s'agit de déterminer quelles communautés ont un intérêt à régir le litige. Ainsi, cette approche souffre de la même critique que celle déjà relevée. Le conflit de lois semble difficilement se résoudre en faveur de la norme non étatique, dès lors qu'une norme étatique a également vocation à venir régir le litige : il est difficile d'imaginer un critère permettant de désigner la norme non étatique dans l'hypothèse de « cumul » de lois ayant volonté à s'appliquer ; l'introduction du principe de proportionnalité aurait pour conséquence un cumul des différentes exigences des normes en conflit. Or, par hypothèse, une norme étatique aura nécessairement un intérêt à venir réglementer le litige, parce que celui-ci a un lien avec son territoire ou sa population. Même un litige entre membres d'une même communauté (musulmane, hébraïque) intéresse la

[1428] C. KESSEDJIAN, « Culture et droit - l'influence de la culture sur le droit international et ses développements », *in* C. Kessedjian, *Le droit international collaboratif*, Editions Pedone, Paris, 2016, p. 61, spéc. p. 71.
[1429] *Ibid*., spéc. p. 65.
[1430] P. S. BERMAN, *op. cit*., spéc. p. 493. Sur la pensée de Cover, v. *supra* n°307.
[1431] « *Indeed, once we recognize that the state does not hold a monopoly on the articulation and exercise of legal norms, then we can see law as a terrain of engagement, where various communities debate different visions of alternative futures* » (*idem*).

communauté étatique, à moins que l'Etat ne renvoie expressément aux normes de cette communauté (revenant à faire primer le point de vue de l'Etat étranger).

A nouveau, il convient de remarquer que le critère de l'appartenance à une même communauté ne peut être satisfaisant lorsqu'il est inséré au sein de la méthode unilatéraliste de conflit de lois.

Mais la règle de conflit à rattachements en cascade proposée par C. Kessedjian n'apparait pas non plus satisfaisante : à défaut de définition précise de la communauté, comment faire le choix entre plusieurs appartenances communautaires ? L'objet du droit international privé n'est-il pas précisément de faire le choix entre ces différentes appartenances ? Doit-on retenir l'appartenance commune à un même Etat, à un même cercle professionnel, ou encore à une même communauté religieuse ? La définition de la culture retenue par l'auteure[1432], et ainsi de la communauté, ne permet pas de faire le départ entre les différentes appartenances ni de préciser cette dernière notion.

Seule une définition de la communauté en fonction des objectifs poursuivis au regard de la matière dans laquelle s'inscrit le litige semble une solution satisfaisante.

377. On aurait pu imaginer que les propositions de P. S. Berman et de C. Kessedjian garderaient leur pertinence en matière personnelle et familiale : puisque les auteurs retiennent comme critère de relevance l'appartenance commune des parties en tant que telles et que la matière personnelle et familiale est précisément la matière dans laquelle la personne est considérée dans son identité même, ce critère serait tout indiqué pour résoudre les litiges intervenant en matière personnelle et familiale. Il n'en est cependant pas le cas : retenir un tel critère ne permet pas de rendre compte de la pluralité des appartenances des individus[1433], ni du rôle du droit international privé dans la détermination de l'appartenance la plus pertinente au regard du litige et des différents intérêts en jeu. Comme le souligne C. Kessedjian, l'hypothèse de l'absence de communauté commune est également à prendre en compte. Au regard des éléments que nous avons jusqu'ici relevés, il est par ailleurs fort probable que les litiges desquels pourra être saisi le juge étatique ne seront pas des litiges intra-communautaires : ces communautés connaissent leurs propres juridictions[1434], l'intérêt pour les parties de saisir le juge étatique apparait comme limité.

En conclusion, les approches retenant comme critère de relevance de la norme non étatique l'appartenance commune des parties à une communauté ne sauraient convaincre. Lorsque ce critère est intégré dans une approche unilatéraliste, il ne permet pas de résoudre le « vrai » conflit de lois. Lorsqu'il est le critère de rattachement de la règle de conflit bilatérale, il ne permet pas de faire le choix entre différentes communautés (étatiques et non étatiques), et ce même en matière personnelle et familiale.

378. Conclusion de la section. L'unilatéralisme ne permet pas de résoudre le conflit de lois par l'application d'une norme non étatique. Tout au plus peut-il envisager le cumul des normes en conflit, solution insatisfaisante au regard des objectifs généraux du droit international privé. La raison d'une telle solution repose dans la mise à égalité des normes ayant un intérêt ou une vocation

1432 V. *supra* n°281. L'auteure cite la définition donnée par E. Morin (*op. cit.*, spéc. p. 62).
1433 V. par exemple les différentes appartenances mises en lumière par M. Hunter-Henin énumérées *supra* n°215.
1434 V. *supra* n°178 et s. pour la définition de la communauté en fonction des objectifs généraux du droit international privé.

à s'appliquer. L'unilatéralisme ne possède pas d'outil permettant de faire varier les termes de la relation entre norme étatique et non étatique. Même une définition de la communauté intégrant des communautés non étatiques ne permet pas de mieux répondre au problème de l'articulation des normes à coordonner.

L'introduction du critère de l'appartenance commune des parties à une même communauté ne saurait se révéler plus satisfaisant et met en lumière la nécessité, même une fois la définition de la communauté posée, de réfléchir à une adaptation de la méthode bilatérale.

380. L'unilatéralisme ne permet pas d'envisager la relation entre points de vue étatique et non étatique autrement qu'en termes d'opposition radicale ; il apparait impossible de penser une éventuelle « combinaison » des points de vue étatique et non étatique autre que par le cumul des lois ayant vocation à s'appliquer en l'espèce. Le bilatéralisme permet de préciser la désignation de la loi applicable à l'étape du rattachement ou de la « localisation » : puisque la désignation répond aux objectifs du for, elle peut s'effectuer en plusieurs temps. A reprendre les termes d'H. Muir Watt, un moment de *« doute »*[1435], de « réflexivité » apparait alors, et celui-ci est propre à cette méthode. Il est notamment perceptible lorsqu'est pensée l'introduction de la technique unilatérale du renvoi. C'est précisément cette possible dissociation entre ordre juridique (ou communauté) et loi (ou norme) applicable, qui fait l'attrait du bilatéralisme ; la désignation première d'un ordre juridique étatique pourrait éventuellement, *in fine,* mener à l'application d'une norme non étatique.

Ce moment de doute peut laisser la place à plusieurs types de raisonnement et permet de réfléchir à l'articulation entre normes étatique et non étatique étrangères. Conformément à nos précédentes réflexions, il convient premièrement de garder à l'esprit l'importance de l'ordre étatique, qui a une incidence sur la définition de la communauté retenue[1436]. Par ailleurs, le bilatéralisme suppose pour son fonctionnement le paradigme étatique[1437]. A ce dernier titre, il est d'ores et déjà possible d'écarter l'introduction de rattachements subsidiaires, qui permettraient de désigner « directement », en lieu et place de la norme étatique initialement désignée, une norme non étatique : cette désignation est impossible à effectuer[1438], comme nous venons de le voir avec le critère de l'appartenance commune des parties à une communauté.

381. Le « détour » par l'ordre étatique, et non nécessairement par la norme étatique, est nécessaire ; la question est plus précisément celle du poids à accorder à son point de vue. C'est précisément là que s'effectue le départ avec le courant unilatéraliste : si une reconnaissance, comprise au sens large, est nécessaire à la définition de la communauté, il ne s'agit pas d'adopter entièrement le point de vue étatique étranger. Par conséquent, il convient d'écarter l'hypothèse du renvoi, « interne » (c'est-à-dire la consultation des règles de conflit internes) ou international.

En d'autres termes, il est possible d'intégrer au raisonnement bilatéraliste une réflexion générale sur le pluralisme normatif, soit sur le rapport entre norme étatique et non étatique, se différenciant d'une pensée en termes d'opposition radicale ou de l'adoption du point de vue étatique étranger.

Deux types de modèles sont envisageables, répondant à des conceptions différentes du pluralisme normatif. Le premier se présente sous la forme principe/exception. Il s'agirait de retenir par principe l'application de la loi étatique, et de prévoir les conditions sous lesquelles la norme non étatique serait exceptionnellement appliquée (I). Le second consisterait en l'adjonction d'un second conflit de loi, une fois l'ordre étatique déterminé, entre les différentes communautés normatives qu'il « reconnait » (c'est-à-dire lorsqu'il connait des règles de conflit de juridiction ou lorsqu'il

[1435] H. MUIR WATT, *op. cit.*, spéc. n°2, p. 26 et s.
[1436] V. *supra* n°345.
[1437] V. *supra* n°127 et s.
[1438] V. *supra* n°130 et s.

permet la circulation des normes non étatiques dans son ordre juridique) (II). L'une comme l'autre de ces propositions se révèlent toutefois insatisfaisantes.

I- Le raisonnement en termes de principe/exception ou l'hypothèse du pluralisme normatif harmonieux

382. De nombreux arguments venant soutenir la faveur de principe à accorder à la norme étatique étrangère ont d'ores et déjà pu être rejetés : le respect de la souveraineté étatique étrangère, ou de l'organisation de l'Etat étranger[1439], n'apparaissent pas suffisants au regard des objectifs de droit international privé et peuvent difficilement être retenus en raison même du sujet traité. On ne peut non plus retenir l'argument selon lequel l'Etat aurait, dans un contexte de mondialisation et en raison du monopole de la force publique, un rôle renouvelé et primordial, dans la mesure où il constituerait l'unique arbitre de revendications politiques non étatiques[1440]. Un tel argument a des implications assez mystérieuses sur le rôle à accorder en droit international privé, au regard des objectifs de la matière, à la norme étatique et semble avoir pour conséquence, tout comme les premiers éléments évoqués, de ne permettre aucune désignation d'une norme non étatique. On rappellera également que s'il apparait vraisemblable que l'Etat accorde préférence aux droits étatiques, nous avons jugé que les raisons expliquant cette préférence, soit la peur de l'intensification des revendications non étatiques en interne, ne nous semblait pas justifiée[1441].

Le principe de l'application de principe de la norme étatique semble davantage fondé sur l'idée que celle-ci reflète un consensus normatif (A). Retenir ce postulat implique de concevoir les conditions selon lesquelles un tel pluralisme harmonieux étranger ne peut être retenu, soit du déclenchement de l'exception (B). Or, ni le fondement, ni les conditions d'intervention de l'exception ne sont à l'abri de la critique.

A- Un fondement discutable : l'hypothèse du pluralisme normatif harmonieux

383. L'argument central est le suivant : la norme étatique est le reflet d'une harmonie normative, cette dernière reposant sur une interaction fréquente des différents ordres normatifs (1). A ce titre, les devoirs de conduite véhiculés par les normes non étatiques reflètent un consensus des différentes valeurs et normes des différentes communautés non étatiques (2). Pour cette raison, et parce que la norme étatique répond aux conditions premières d'effectivité, de légitimité (alors fondée, selon cette conception, sur l'idée que l'Etat est le reflet d'un consensus de valeurs

---

1439 V. déjà *supra* n°125 (souveraineté), n°263 et s. (organisation de l'Etat, respect de son identité).

1440 « *Such an observation does not mean that territorial state regulation is necessarily being captured by private actors who simply use it as a device to further their own interests (although at times this may be part of the truth). The state may still have its own agency but may not just use its power to the benefit of a territorially delimited sphere. Rather, disposing of a monopoly on legal coercion and force, it remains a regulatory arbiter of political claims made by various actors and communities. Possibly, it cannot be otherwise, as plurality will almost inevitably lead to chaos in the absence of an overall normative-institutional framework that arbitrates between various conceptions of jurisdiction. In this sense, the time-honored territorial state, in spite of its defects and limitations, may remain the primary political community that 'pulls on other communities and repels other states', as a result of which jurisdiction is actually confluent (although not necessarily co-extensive) with the nation-state* » (C. RYNGAERT, *op. cit.*, spéc. p. 66). V. *supra* n°238 et s.

1441 V. *supra* n°17.

socioculturelles et œuvre ainsi structurellement en faveur d'un Bien commun[1442]) et d'autonomie précédemment relevées[1443], son application de principe serait justifiée.

Toutefois, l'idée d'une harmonie normative peut être critiquée, comme le montre l'analyse économique du pluralisme normatif de J. Griffiths : pour que l'harmonie soit réalisée, elle suppose la réunion d'une somme de conditions récusant toute adoption d'un raisonnement en termes de principe/exception (3).

1) L'argument traditionnel : le besoin de paix sociale en situation d'interaction régulière des ordres normatifs

384. L'hypothèse d'une harmonie normative entre normes étatiques et non étatiques est un sujet qui intéresse de près les internationalistes[1444]. W. Twining met en garde contre « *l'erreur* » de se représenter une interaction des ordres normatifs de manière conflictuelle, et souligne la multitude de constellations envisageables : « *complémentarité, co-opération, co-optation, compétition, subordination, symbiose stable ; les ordres peuvent converger, assimiler, fusionner, réprimer, imiter, fonctionner en écho, ou s'éviter* »[1445].

Il s'agit ici, et telle n'est pas la démarche suivie par l'auteur, de se limiter aux relations entre Etats et certains ordres normatifs particuliers, les communautés socioculturelles. Au regard de la diversité des modes de relation mises en lumière par W. Twining, l'admission de principe d'une relation harmonieuse entre Etat et communautés socioculturelles apparait défendable : le conflit ne serait qu'exceptionnel. Il est à cet égard possible de se reposer sur un argument classiquement avancé en sociologie du droit afin de justifier l'existence de principe d'une harmonie normative, le besoin de paix sociale. Selon les termes de S. Benisty, « *c'est parce que la norme sociale et la norme juridique saisissent ensemble – pluralisme plénier – et dans une convergence de vues – pluralisme apaisé – le fait sociétal, que celui-ci est pacifié* »[1446]. Cet argument peut être rapproché de celui avancé par Ehrlich, qui parle quant à lui du besoin sociétal d'uniformité des normes[1447].

385. L'hypothèse du pluralisme harmonieux a ainsi pour nécessaires préalables l'interaction des ordres normatifs et ainsi l'identification d'une unité sociale commune aux différents ordres.

L'interaction des ordres normatifs peut se manifester, du point de vue de l'individu, par des phénomènes de « *porosité légale* » au sens où l'entend B. de Sousa Santos[1448]. Du point de vue étatique, ces interactions peuvent notamment prendre la forme d'une « simple » influence normative ;

1442 Sur cette notion, v. *supra* n°107 et s.

1443 V. *supra* n°93 et s. (pour la présentation de ces exigences cardinales) et n°117 (pour leur application à l'Etat).

1444 V. par exemple, présentant les théories des « *dialogues pacifiques* » tout en préférant parler de « *monologues juridictionnels croisés* » : H. MUIR WATT, G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *in* B. Bonnet (dir.), *Traités des rapports entre ordres juridiques,* Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, p. 169, spéc. p. 195 et s.

1445 W. TWINING, *General Jurisprudence : Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 275 et s. (« *complement, co-operation, co-optation, competition, subordination, or stable symbiosis; the orders may converge, assimilate, merge, repress, imitate, echo, or avoid each other* », traduction libre).

1446 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Préf. T. Clay, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, 2016, n°220, p. 245.

1447 E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, *op. cit.*, p. 150 et s.

1448 « *[N]ous vivons une époque de légalité poreuse, plusieurs réseaux d'ordres juridiques nous imposant des transitions constantes et des intrusions. Notre vie juridique est constituée d'une intersection de différents ordres juridiques, c'est-à-dire d'interlégalité (les ordres ne sont pas autonomes mais se chevauchent mutuellement maintenant une relation de dialogue entre eux)* » (B. DE SOUSA SANTOS, tel que cité par D. JACOTOT, « La notion de "juste cause". Réflexion sur une règle matérielle de droit du travail d'essence privée », *Droit sans frontières. Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin,* LexisNexis, 2018, p. 829, spéc. p. 831).

comme le souligne J. Chevallier, « *l'ordre juridique est en effet constamment irrigué par des normes de provenance diverse, tout en contribuant, en retour, à préciser et à fixer les contours de la normativité sociale ; dans le cadre de cette « internormativité », les garanties normatives passent d'un système à l'autre, en se redoublant et en renforçant leurs effets* »[1449].

La nécessité d'une unité sociologique commune aux différents ordres est plus ou moins mise en exergue par les auteurs. Selon E. Le Roy, « *il faut accepter de penser le jeu social comme fondé sur des éléments constitutifs à la fois spécifiques et irrémédiablement complémentaires, l'idée de complémentarité des différences restant, comme déjà indiqué, une référence clef en ce domaine* »[1450]. De manière plus précise, J.-G. Belley parle quant à lui de « *coexistence d'une pluralité de cadres ou systèmes de droit au sein d'une unité d'analyse sociologique donnée (société locale, nationale, mondiale)* »[1451]. De l'autre côté de la Manche, W. Twining, un des initiateurs du mouvement doctrinal « *Law in Context* »[1452], affirme que des ordres légaux et normatifs peuvent coexister dans une même unité de temps et de lieu[1453].

Si cette unité sociale est difficilement saisissable[1454], son identification précise, ou par ailleurs concrète, n'est pas nécessaire à ce stade. Certes, il est difficile d'admettre, *in abstracto*, qu'il existe une unité sociale commune à l'Etat étranger dont l'ordre juridique est désigné (pouvant éventuellement le dépasser) et à la communauté non étatique. On relèvera toutefois que la définition retenue de l'ordre non étatique entraine nécessairement l'existence d'une unité sociale commune. Les ordres non étatiques s'ancrent en effet dans un espace, nécessairement également compris comme un territoire étatique. Par ailleurs, l'ordre non étatique ayant été partiellement défini par sa reconnaissance par l'ordre étatique, l'existence d'une unité sociale commune aux normes étatique et non étatique peut raisonnablement être admise.

2) La nature du consensus normatif

386. Si le consensus normatif ne se traduit pas nécessairement par l'élaboration d'une norme étatique embrassant l'ensemble des devoirs de conduite véhiculés par les normes non étatiques avec lesquelles l'Etat étranger est en interaction, l'ensemble des moyens juridiques adoptés par l'Etat étranger semble *a priori* satisfaisant pour rendre compte des exigences non étatiques et justifie à ce titre l'application de principe de la norme étatique.

S. Benisty distingue à cet égard[1455] le consensus internormatif substantiel (fondé sur le partage de valeurs générales communes, comme celle de *pacta sunt servanda* ; les différentes normes véhiculent des devoirs de conduite identiques, similaires, ou ne serait-ce que non contradictoires) du consensus

---

[1449] J. CHEVALLIER, Avant-propos, *in* C. Thibierge (*et alii*), *La garantie normative, Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 15, spéc. p. 18.

[1450] E. LE ROY, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », *in* A. Lajoie *et alii* (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité,* Montréal, Les éd. Thémis, 2004, p. 29 et s. Nous soulignons.

[1451] J.-G. BELLEY, v° Pluralisme juridique, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018, sens 2. Nous soulignons.

[1452] Mouvement prônant depuis les années 1970 une prise en compte plus large du droit en intégrant un dialogue interdisciplinaire, avec des domaines tels que la culture, le social, la politique, la technologie, l'environnement ou l'économie.

[1453] W. TWINING, *General Jurisprudence…, op. cit.*, p. 275 et s.

[1454] V. *supra* n°88, 301 et s.

[1455] Si l'auteur pense le consensus normatif au sein de la société étatique française, ses propos peuvent être étendus à notre matière.

formel (adoption d'une « loi libérale » étatique[1456], qui peut par exemple consister en un pluralisme législatif)[1457]. Au-delà de la pensée de l'auteur, on pourrait ajouter à l'hypothèse du « consensus formel » l'adoption par l'Etat étranger de règles de conflit internes, ainsi que celle de l'abstention[1458]. Ainsi, le droit étatique étranger peut comporter aucune ou peu de normes relatives à la vie familiale, permettant le déploiement de diverses normes socioculturelles.

Il est important de le souligner : une telle représentation va au-delà de la vision privatiste classique, selon laquelle les normes sociales viennent « *imposer* d'autres *devoirs que ceux imposés par le Droit, des devoirs de conduite supplémentaires* »[1459]. Il s'agit ici davantage d'admettre que la norme socioculturelle existe parallèlement à la norme juridique et peut potentiellement entrer en concurrence avec elle, même si, par principe, elle entretient avec celle-ci un rapport pacifié.

La norme étatique connait ainsi plusieurs mécanismes permettant l'élaboration d'une harmonie normative. A cet égard, la désignation de principe de la norme étatique apparait justifiée.

3) La critique de l'analyse économique du pluralisme normatif (J. Griffiths)

387. Nous ne revenons pas sur une sévère critique déjà énoncée, que nous nous contentons de résumer ainsi : la loi étatique est le reflet des valeurs de la majorité et exclut les valeurs de certaines minorités socioculturelles[1460], dont les normes peuvent être cependant relevantes au titre du droit international privé.

388. Une critique d'une autre nature a pu être émise par J. Griffiths. Dans une réflexion influencée par une approche économique[1461], l'auteur élabore différentes « lois » sociologiques du pluralisme normatif, dont la dernière est la « *loi de convergence normative substantielle* »[1462]. Selon cette loi, les normes appliquées par les institutions des différents groupes sociaux auxquels appartiennent les parties ont tendance à converger matériellement, soit à avoir le même contenu ou un contenu similaire. La convergence normative découlerait de la somme des trois lois suivantes, qui ne peuvent ici qu'être résumées :

1. Les groupes sociaux ont tendance à régler les conflits relatifs à leurs membres en interne et corrélativement à sanctionner le recours à des juridictions externes[1463]. L'autorité saisie en cas de conflit est ainsi celle du plus petit groupe social auquel appartiennent les parties[1464].

1456 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, n°236, p. 266.
1457 *Ibid.*, n°234 et s., p. 265 et s.
1458 Qui est à différencier de l'hypothèse du non-droit, qui suppose l'existence d'une norme juridique et sa non-observation. J. CARBONNIER parle alors de « *retrait ou [de] la retraite du droit* » (« L'hypothèse du non-droit », *in Flexible droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10ème éd., 2014, p. 25, spéc. p. 27).
1459 S. BENISTY, *op. cit.*, n°215, p. 235. L'italique (représenté ici par l'absence d'italique) est de l'auteur.
1460 V. *supra* n°319 et s.
1461 V. sur le sujet : Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie & prévision*, vol. 202-203, n°1-2, 2013, p. I.
1462 L'expression est librement traduite. J. GRIFFITHS, « Four laws of interaction in circumstances of legal pluralism: first steps towards an explanatory theory », *in* A. Allott & G. Woodman (éd.), *People's Law and State Law*, de Gruyter Mouton, 1985, p. 217.
1463 Ce que l'auteur nomme « *the law of inside washing of dirty linen* » (*ibid*, spéc. p. 218).
1464 « *The law can be rephrased in choice-of-forum terms: litigation should occur in institutions of the smallest group of which both parties are members* » (*idem*).

2. Lorsque les parties sont membres de plusieurs groupes sociaux susceptibles d'être intéressés au règlement du litige, les juridictions des différents groupes sont en situation de concurrence et sont alors soumises à un impératif de maximisation du « *profit institutionnel* »[1465] que leur procure le litige afin de rester attractives pour les parties (et justifient ainsi leur existence propre). Cette maximisation se traduit par une exigence de qualité de résolution du litige et d'absence de coûts trop élevés pour les parties.

3. Plus le champ social à contrôler est large et l'autorité distante de la société, plus le contrôle social est concentré et spécialisé afin d'être effectif (ainsi, *a contrario*, à considérer la famille comme groupe social, le contrôle social y est effectif tout en étant diffus et général, car la famille est un groupe social restreint)[1466].

A priori, la réunion de ces lois mènerait à un pluralisme harmonieux. La loi de convergence normative n'est cependant réalisée qu'à une condition précise : lorsque la concurrence institutionnelle n'existe qu'entre deux groupes sociaux et autorités. Elle est fondée sur le principe qu'aucun groupe en concurrence « *ne peut se permettre d'offrir un produit de meilleure qualité, de peur de perdre des litiges potentiels* »[1467] (on peut à juste titre s'interroger sur ce qu'est une norme « *de meilleure qualité* », la « qualité » de la norme – ou son adéquation aux besoins sociaux ? – pouvant précisément résider dans le consensus normatif créé ; le terme « meilleur » implique par ailleurs une notion de progrès difficile à saisir ; on retiendra toutefois ici que le groupe social ne peut créer de norme, si ce n'est « meilleure », du moins « différente » de celle adoptée par l'autre groupe social concurrent). L'auteur illustre notamment cette loi par les travaux de sociologues du droit décrivant l'alignement des causes d'annulation du mariage des tribunaux de l'Eglise catholique romaine américaine sur les causes de divorce étatiques ; dans un autre contexte, les chefs politiques indiens auraient adapté leurs solutions pour que leurs membres bénéficient des solutions matérielles des lois étatiques, tout en conservant les avantages de la procédure traditionnelle de conciliation. L'auteur rejette d'autres explications relatives à la convergence normative, notamment le besoin d'uniformité de la société ou l'influence des valeurs étatiques[1468]. Ce serait en raison des conséquences de la situation de concurrence existant entre les instances de règlement des conflits des différents groupes sociaux que les normes auraient tendance à converger.

Cette loi de convergence ne s'applique toutefois que lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- Les différents groupes sociaux sont en relation d'inclusion mutuelle, se traduisant par le fait qu'une partie conséquente des membres d'un groupe est susceptible de saisir la juridiction de l'autre groupe. Cela explique que si les groupes plus restreints peuvent faire évoluer le

---

1465 « *The law of maximization of litigation profit* » (*ibid*, spéc. p. 219).

1466 On pourrait éventuellement citer au soutien de cette loi les travaux de R. Ellickson. A travers son étude de terrain relative aux populations rurales du Shasta County, l'auteur montre que lorsque l'objet des normes est la vie quotidienne et le travail de tous les jours (à considérer cet objet comme étant non spécialisé, ce que ne précise pas l'auteur), les normes étatiques n'ont que peu d'influence, que ce soit sur les comportements des individus ou bien sur le contenu des normes émises par d'autres autorités non étatiques (R. ELLICKSON, *Order Without Law,* Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991, p. 282).

1467 « *Neither can afford the other appear to offer a higher quality product, for fear of loss of potential cases* » (J. GRIFFITHS, *op. cit.*, spéc. p. 224).

1468 *Ibid.*

contenu substantiel de leurs normes vers le contenu des normes d'un groupe social plus large (notamment la communauté étatique), l'inverse est plus difficile.

- La convergence substantielle doit avoir pour résultat d'attirer davantage de justiciables. Si tel n'est pas le cas, il est possible de conserver ou d'adopter une norme divergente.

- Attirer davantage de justiciables peut se jouer sur d'autres terrains que celui du contenu de la loi appliquée, notamment sur celui des coûts qu'entraîne, pour les parties, la résolution du litige. La convergence substantielle des normes appliquées ne joue que si les instances de règlement des conflits proposent leur service à un coût similaire.

- Nous l'avons déjà souligné, les groupes sociaux en concurrence pour la résolution d'un même litige ne sont que deux. Au-delà, les groupes sociaux ont en effet tendance à se partager substantiellement « le marché de la résolution des conflits » : « *plus il y a de concurrents supplémentaires, plus chacun d'entre eux peut attirer son propre petit segment du marché des litiges* »[1469].

- Enfin, les première et troisième lois précitées viennent également limiter la loi de convergence : plus le contrôle social exercé par le groupe est dense, plus la situation de divergence normative substantielle peut être maintenue. Les groupes restreints peuvent ainsi plus facilement maintenir leurs normes particulières. Selon l'auteur, la communauté juive orthodoxe ou de la diaspora chinoise aux Etats-Unis ont ainsi leurs propres normes « déviantes ».

La loi de convergence substantielle est ainsi extrêmement limitée, au point qu'il apparait peu pertinent d'admettre comme principe l'existence d'un pluralisme apaisé. Selon l'auteur, la convergence normative s'opère lorsque sont réunies des conditions très particulières, en situation de concurrence entre deux groupes sociaux, dont l'un est intégré à l'autre et lorsqu'aucun contrôle social dense n'est observé. C'est à titre exceptionnel que la convergence substantielle est ainsi observée.

389. Si une explication par le prisme de l'analyse économique des phénomènes juridiques peut apparaître insatisfaisante ou critiquable, il reste qu'elle constitue une alternative au postulat général d'harmonie normative, *a priori* tout aussi convaincante. L'analyse économique apporte une vision plus nuancée de l'existence d'une harmonie normative, réduisant son occurrence à la nécessaire réunion de nombreuses conditions. S'il est possible de critiquer l'utilisation de critères inspirés des sciences économiques afin d'analyser la manière dont les agents juridiques appréhendent l'environnement juridique (maximisation du « profit institutionnel » par les juridictions, etc.), ce prisme permet de rendre compte des communautés à contrôle social dense, pouvant imposer le respect de normes différant des normes étatiques. Or tel est précisément le profil des communautés socioculturelles dont la relevance a pu être retenue[1470].

[1469] *Ibid.*, p. 225 (« « *the more extra competitors there are, the more each one of them can appeal to its own small segment of the litigation market* » ; traduction libre).
[1470] V. notamment *supra* n°337 et s.

Si le fondement du postulat du pluralisme harmonieux est critiquable, penser les conditions d'échec du principe et d'intervention corrélative de l'exception menant à l'application de la norme non étatique se révèle insatisfaisant.

B- Les conditions d'intervention de l'exception et de l'application de la norme non étatique

390. A retenir l'existence de principe d'un pluralisme normatif harmonieux reflété par la norme étatique, quelles conditions imaginer afin de retenir *in fine* l'application exceptionnelle de la norme non étatique ? Il s'agit du cas où l'harmonie normative est rompue, ce qui se réalise lorsque la norme non étatique véhicule un devoir de conduite inconciliable avec celui véhiculé par la norme étatique étrangère.

L'absence d'harmonie normative ne correspond pas à l'hypothèse connue de défaillance du rattachement (étatique) (1). En l'absence de rattachement plus précis, deux solutions sont envisageables : l'invocation par les parties de la norme non étatique applicable (2) ou la mise en œuvre d'une exception de légitimes prévisions ou de proximité (3).

1) L'absence de défaillance du rattachement étatique

391. L'absence d'harmonie normative à l'étranger ne peut être assimilée à une hypothèse de défaillance du rattachement de la règle de conflit de lois. La défaillance du rattachement répond à différentes constellations : rattachement inexistant en l'espèce ; existant mais inconnu ; existant et connu mais ne permettant pas la désignation d'un ordre juridique[1471]. Cette défaillance a pour conséquence la mise en œuvre de rattachements subsidiaires ou l'application, également subsidiaire, de la *lex fori*.

Aucune des constellations présentées ne permet de « découvrir » ou de caractériser une rupture de l'harmonie normative à l'étranger. En particulier, l'absence d'harmonie normative à l'étranger n'est pas assimilable à la situation dans laquelle le rattachement est existant et connu mais ne permet pas la désignation d'un ordre juridique unique. En effet, l'ordre étatique est désigné et ses normes permettent en toute hypothèse la résolution concrète du litige ; par principe, l'ordre étatique, en raison de sa revendication à un monopole normatif au regard de sa population sur un territoire donné, contient les mécanismes nécessaires (renvoi interne, loi « libérale », etc.) au règlement du litige particulier. On rappellera cependant que ce règlement peut être insatisfaisant : la désignation de la norme étatique ne permet parfois pas d'assurer le respect des objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale et notamment le respect de l'identité individuelle (*quid* de l'application de la loi étatique d'inspiration chiite aux parties appartenant à la communauté bahaïe en Iran ?). Les normes non étatiques peuvent bénéficier, dans les conditions précédemment retenues, d'une effectivité et d'une légitimité égale à celles de la norme étatique.

392. Plus généralement, la difficulté est la suivante : d'un côté, l'existence ou l'absence d'harmonie normative ne peut être constatée (la « norme » ne se constate pas[1472]) ; de l'autre, aucun critère juridique abstrait n'apparait pertinent afin de la caractériser. On ne peut déduire de la simple existence de communautés non étatiques à l'étranger l'absence d'harmonie normative. On ne peut non plus retenir l'ensemble des conditions posées, à titre descriptif, par J. Griffiths (par exemple :

1471 P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 11ème éd., 2023, n°311, p. 231.
1472 V. *supra* n°11, 28.

le nombre de communautés en concurrence, leur densité, l'existence d'un rapport d'inclusion mutuelle). L'existence ou l'absence d'harmonie normative dépend de la réunion d'un ensemble de conditions factuelles rétives à toute systématisation. On se retrouve donc dans une impasse, qui ne pourrait qu'être résolue par le recours à l'invocation de la norme par les parties ou, par l'intervention d'un critère requérant une appréciation *in concreto*, la proximité ou les légitimes prévisions des parties.

2) L'invocation de la norme non étatique par les parties

393. En l'absence de désignation de la communauté socioculturelle pertinente par l'introduction d'un critère objectif, la seule solution qui apparait envisageable est de nature procédurale. Il s'agit de l'invocation de la norme non étatique par les parties.

Une telle solution pourrait se fonder sur le fait que l'invocation par les parties de la norme étrangère peut déclencher la mise en œuvre par le juge des règles de conflit de lois[1473]. *A priori*, le rôle qui est accordé à l'invocation par les parties de la norme étrangère est bien plus limité que celui qu'on voudrait faire jouer à l'invocation d'une norme non étatique. Il s'agit simplement de déclencher l'application de la règle de conflit de lois, et non de lui accorder un quelconque rôle de détermination de la loi applicable. Cette dernière peut *in fine* se révéler différente de celle initialement invoquée par les parties.

Le rôle accordé à l'invocation par les parties de la norme non étatique ne correspondrait cependant pas non plus à un choix de loi applicable : la loi invoquée doit répondre aux conditions de définition de la norme étatique déjà évoquées et doit ainsi être émise par une communauté « reconnue » par l'Etat étranger. Ce dernier doit, par ailleurs, être celui normalement désigné par le jeu de la règle de conflit bilatérale, permettant une première localisation. Il ne s'agit pas non plus d'appliquer jusqu'au bout le point de vue de l'ordre étatique étranger désigné par la règle de conflit, du moins au sens classiquement retenu. En effet, il est possible que celui-ci « reconnaisse » plusieurs communautés et l'invocation par les parties de la norme non étatique permet, une fois la désignation première de l'ordre étatique effectuée, de départager les normes des communautés reconnues par l'Etat étranger. Il n'est pas question d'appliquer les règles de conflit internes étrangères. A prendre l'exemple d'Israël, il ne s'agit pas d'appliquer les règles internes de conflit israéliennes mais de venir appliquer les normes de la communauté musulmane d'Israël en raison de la possible circulation des décisions de celles-ci dans l'Etat israélien[1474]. Seule la norme non étatique répondant aux conditions posées serait alors appliquée. Il n'est dans ce cas pas question de mettre en œuvre une deuxième règle de conflit de lois, de rechercher un critère de désignation de la norme applicable second, subsidiaire ou « plus précis ».

Une telle solution apparait à première vue théoriquement et pratiquement assez satisfaisante. D'une part, elle permet d'éviter les difficultés de rattachement du litige à une communauté non étatique, dont les critères sont caractérisés par leur grande particularité (baptême, liens de parenté

[1473] Civ. 1, 22 novembre 2005, *Bull. civ.* I, n°425, p. 355 ; Civ. 1, 19 septembre 2018, n°17-21191 ; Com., 30 janv. 2019, n°17-16604, *D.*, 2019, p. 1017, obs. S. CLAVEL.

[1474] V. les par. 51 et 52 du *Palestine Order-in-Council* 1922-1947 (A. MARGALITH, D. ASSAN, v°Israel (2012), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 68).

particuliers…). D'autre part, il s'agit d'une solution plus satisfaisante que l'application de la norme non étatique sur le terrain de la preuve de la norme étatique étrangère, qui est une autre solution procédurale envisageable. On aurait en effet pu imaginer que la norme non étatique soit réduite à une interprétation de la norme étatique étrangère. Une telle solution revient à nier l'existence même d'une communauté non étatique et d'une coordination sur le terrain du droit international privé, en l'absence d'autonomie de la norme non étatique. Enfin, cette solution peut connaitre un certain soutien théorique : l'individu appartient à une pluralité de communautés, au point qu'il apparait impossible de faire le choix entre ses différentes appartenances[1475]. A défaut d'existence d'une norme concrète et individuelle, l'intervention des parties apparait alors nécessaire.

394. Toutefois, une telle solution a de fortes chances de s'avérer impraticable.

Le risque est grand que les parties n'invoquent pas, devant le juge français et en pratique, l'application d'une norme non étatique[1476]. De la perspective de l'individu, le pluralisme normatif est la règle[1477]. Qu'une partie vienne à l'idée qu'une norme non étatique, caractérisée en matière personnelle et familiale par une intériorisation forte et souvent inconsciente, puisse être d'une quelconque relevance juridique, peut paraitre irréaliste. Certes, le fait que cette norme non étatique connaisse à l'étranger une certaine reconnaissance étatique, ne rend pas cette hypothèse complètement improbable. Mais il semble difficile de faire de l'invocation de la norme par les parties l'unique critère de désignation et de déclenchement de l'applicabilité de la norme non étatique.

Enfin, l'invocation par une partie d'une norme étrangère est soumise au respect du principe de la contradiction (article 16 du Code de procédure civile). *Quid* lorsque l'autre partie invoque l'applicabilité d'une autre norme non étatique, répondant également aux conditions de relevance, par exemple d'une norme d'une communauté religieuse dont elle est membre, pour un litige opposant des individus de confession différente ? Cette solution sur le plan procédural ne permet pas de résoudre la question de détermination du droit non étatique applicable.

Il convient alors de rechercher un autre mode de désignation de la norme non étatique.

3) La mise en œuvre d'un critère requérant une appréciation in concreto : l'exception de proximité ou de légitimes prévisions des parties

395. La norme non étatique pourrait être désignée par l'intervention d'une exception, lorsque certaines considérations de fait se trouvent en l'espèce réunies et que ces considérations permettent

---

[1475] P. S. BERMAN, tel que rapporté par H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit*., n°323, p. 326, note 983. On peut rapprocher l'idée de tribalisme moderne développée par M. MAFFESOLI (*Le temps revient - Formes élémentaires de la postmodernité*, Paris, Desclée De Brouwer, 2010) et sur laquelle se fonde E. JAYME (par exemple dans *Zugehörigkeit und kulturelle Identität*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2012).

[1476] *Contra* : TGI Paris du 4 octobre 2005, RG 04/05825, inédit, tel que cité par N. JOUBERT et E. GALLANT, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la méditerranée », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret, *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 307, spéc. p. 329 et s. En l'espèce, le premier mari se réfère, afin de procéder au serment d'anathème permettant au mari de déclarer qu'un enfant n'est pas de lui, aux principes de droit musulman shaféite. L'Etat du Bahreïn, dont la loi est jugée applicable en vertu de l'article 311-14 du Code civil, prévoit l'application de la communauté religieuse en matière de statut personnel. La mère étant de religion musulmane sunnite et de tradition shaféite, les normes de cette dernière communauté ont été considérées comme applicables, mais écartées sur le terrain de l'ordre public international (v. sur l'ordre public international *infra* n°441 et s.).

[1477] V. *supra* n°49 : le pluralisme est souvent défini de la perspective individuelle.

de rattacher le litige à une communauté socioculturelle particulière. Une telle clause d'exception peut être pensée à l'image de l'article 19 al. 1 de la Loi portant le Code de droit international privé belge[1478], selon lequel :

« Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l'application de l'alinéa 1er, il est tenu compte notamment : - du besoin de prévisibilité du droit applicable, et - de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement ».

Il convient toutefois de souligner que, dans notre hypothèse, il s'agit de limiter « l'exception de prévisibilité » aux normes d'ordres non étatiques « reconnus » par l'Etat initialement désigné par la règle de conflit de lois, ce qui présente une importante particularité et ne correspond pas à l'intention du législateur belge. En raison des liens entre les ordres non étatiques et étatiques (les ordres non étatiques étant pensés à l'échelle étatique[1479]), il sera difficile de caractériser la faiblesse des liens avec l'Etat initialement désigné. Il serait alors davantage pertinent de caractériser l'existence de liens plus étroits entre le litige et une communauté non étatique.

Dans le cas de la loi belge, la proximité est pensée en lien avec les légitimes prévisions des parties. Il serait également possible de séparer ces deux considérations et de penser l'application de la norme non étatique uniquement sur le fondement des légitimes prévisions des parties, telle qu'imaginée par Y. Pré dans sa thèse[1480]. Séparer ces deux considérations a comme avantage d'échapper à une acception spatiale de la proximité[1481]. L'auteur formule l'exception de légitimes prévisions de la manière suivante : « *[l]orsque l'application de la règle de conflit de lois du for ou la solution à laquelle elle conduit seraient manifestement de nature à surprendre les parties, eu égard aux légitimes prévisions que ces dernières ont ou, à défaut, pouvaient raisonnablement avoir formées quant au droit applicable, le droit conforme auxdites prévisions peut être pris en considération lors de l'application du droit désigné par la règle de conflit du for ou l'évincer* ». Y. Pré liste également les facteurs déterminant les légitimes prévisions des parties. Sont entre autres citées les « *attentes des parties quant au droit applicable, qui sont induites par l'impérativité ou la valeur fondamentale contenue dans la norme étrangère ayant modelé leur comportement* » ou les « *représentations mutuelles auxquelles une ou plusieurs parties ont raisonnablement pu se fier, compte tenu de l'apparence donnée par le comportement de l'une ou plusieurs d'entre elles, de l'appartenance à une culture juridique commune et, encore, de la croyance légitime en la validité d'un acte juridique consacrant le rapport de droit en cause* »[1482].

Dans la mesure où nous avons construit l'archétype de la communauté socioculturelle comme communauté locale et restreinte, l'exception peut, dans le cadre de ce travail, être pensée comme

[1478] Loi du 16 juillet 2004.
[1479] V. *supra* n°345.
[1480] Y. PRE, *L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois*, Thèse, Paris 1, *non publiée*, 2022.
[1481] *Ibid.*, n°938, p. 430 et s.
[1482] *Ibid.*, n°1064, p. 487.

intégrant à la fois des considérations relatives à la proximité et aux attentes légitimes des parties, comme le fait l'article 19 al. 1 de la loi belge précité.

L'exception répondrait au régime proposé par Y. Pré : il s'agirait pour le juge, en matière de droits indisponibles, de mettre en œuvre d'office l'exception. La norme étatique initialement désignée par la règle de conflit du for pourrait alors être écartée au profit d'une loi dont les parties ont pu raisonnablement prévoir l'application ou dont le litige est considéré comme s'y rattachant de manière prépondérante. Cette loi pourrait *a priori* être une norme non étatique.

L'auteur ne se prononce en aucun cas sur une potentielle application de normes d'ordres non étatiques au titre de l'exception. Au regard des conditions posées en avant dans ce travail quant à l'ordre non étatique relevant (ordre normatif dont les décisions sont susceptibles de circuler dans un ordre étatique ; communauté socioculturelle), il serait possible d'admettre le caractère légitime des prévisions des parties à l'égard de l'application des normes de ces ordres.

Une telle exception permet l'application de la loi étatique étrangère lorsque le litige ne se rattache pas de manière davantage caractérisée (proximité, attentes légitimes des parties) à un ordre non étatique. On peut toutefois s'interroger sur la justesse d'une telle solution : cela a-t-il un sens d'appliquer la loi étatique israélienne à la question de la validité du mariage au fond d'époux dont l'un d'entre eux appartient à la communauté musulmane reconnue par l'Etat d'Israël (mariage mixte célébré par hypothèse civilement à Chypre, avant le déménagement des époux en France) ? En Israël, le droit commun israélien en matière familiale est quasi inexistant[1483]. Les droits religieux ont certes été codifiés en matière familiale, mais leur application relève de la compétence exclusive des autorités religieuses. A s'en tenir aux normes matérielles israéliennes, on retiendra que les mariages interconfessionnels ne sont pas valides selon la loi israélienne. Toutefois, les mariages mixtes célébrés à Chypre sont en pratique majoritairement reconnus comme mariages étrangers. Par ailleurs, on relèvera que pour la communauté musulmane d'Israël, le mariage mixte est dans certaines constellations (notamment si l'époux est musulman et que l'épouse est chrétienne ou juive) réputé valide[1484].

Le problème est en réalité le suivant : le jeu de l'exception est fondé sur le postulat critiquable du pluralisme harmonieux à l'étranger. Or la norme étatique étrangère n'est pas nécessairement le résultat d'un consensus harmonieux entre les différentes communautés non étatiques qu'elle reconnait. En réalité, lorsque l'Etat étranger reconnait la compétence exclusive d'autorités non étatiques en matière personnelle et familiale, il s'agit davantage du reflet de sociétés « profondément divisées »[1485]. La loi étatique désignée une fois le jeu de l'exception rejeté ne sera pas nécessairement le reflet des valeurs des communautés concernées par le litige. Ainsi, au regard des prévisions des parties et du caractère dense des communautés socioculturelles[1486], on peut douter que l'application de la loi étatique (dans notre exemple israélienne) soit satisfaisante. Par ailleurs, et il s'agit d'une

[1483] A. MARGALITH, D. ASSAN, v°Israel (2012), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 32.
[1484] Il s'agit par ailleurs de la solution de la théorie musulmane classique : J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1999, n°4, p. 111 et s., n°1 et s., p. 137 et s.
[1485] Il est ici fait référence au titre de l'ouvrage de H. LERNER, relatif notamment à l'Etat d'Israël (*Making Constitutions in Deeply Divided Societies,* Cambridge, New York, Cambridge University press, 2011).
[1486] Sur le caractère dense : v. *supra* n°337.

autre difficulté plus technique, celle-ci se révèlera difficilement utilisable par le for. Comme nous avons déjà pu le voir, les règles de conflit internes ont été pensées au regard du contexte interne et sont difficilement applicables aux litiges internationaux[1487].

Malgré la possible désignation d'une norme non étatique par l'intervention d'une exception de légitimes prévisions ou de proximité, le régime de l'exception, et plus précisément le retour à la loi étatique étrangère en l'absence de mise en œuvre de l'exception, n'apparait pas satisfaisant. En réalité, c'est le modèle du pluralisme harmonieux, qui sous-tend le principe-même de l'exception, qui est critiquable. Certes, les parties appartiennent à la communauté étatique désignée par la règle de conflit de lois et l'application de ses normes peut apparaitre raisonnable. Néanmoins, les Etats étrangers peuvent être des sociétés profondément divisées et tel est notamment le cas lorsque que ceux-ci connaissent des règles de compétence d'autorités communautaires. Au regard des prévisions des parties, qui justifient au moins partiellement le jeu de l'exception, le retour à la loi de l'Etat initialement désigné ne saurait être satisfaisant. En réalité, l'exception de légitimes prévisions ou de proximité ne peut être un outil satisfaisant pour répondre à la problématique spécifique du choix d'une communauté non étatique.

Il convient alors de penser l'hypothèse du pluralisme conflictuel à l'étranger et celle d'un deuxième conflit de lois entre la loi étatique désignée et la norme non étatique. Une telle solution ne parait toutefois pas davantage satisfaisante.

II- Le raisonnement en termes de rattachement en plusieurs temps ou l'hypothèse du pluralisme conflictuel

396. L'idée d'un rattachement en plusieurs temps peut d'abord se fonder sur une hypothèse de droit positif : celle de l'intervention du principe de proximité ou de la volonté une fois la première désignation d'un ordre étatique acquise (article 14 c) e 15 du règlement Rome III). Il s'agit de venir modifier, dans un second temps, le rattachement étatique initialement retenu. Une telle construction repose sur l'idée que l'ordre non étatique dépend, dans sa définition-même, de la possibilité de circulation de ses normes dans un ordre étatique. En outre, l'archétype de la communauté socioculturelle a été construit selon un modèle géographiquement situé, permettant de prendre en compte les variations substantielles que connaissent les ordres non étatiques « transnationaux » au contact d'autres normes, notamment étatiques. Si nous avons déjà eu l'occasion de formuler des critiques décisives quant à la mise en œuvre de la proximité ou de la volonté[1488], un examen d'ordre plus général, une fois la norme non étatique redéfinie, permet de penser l'applicabilité d'une norme non étatique. Là encore, de telles réflexions sont tributaires de la relation entre norme étatique initialement désignée et norme non étatique *in fine* appliquée. En contraste avec la solution en termes de principe/exception, elles supposent de penser un second conflit de lois.

[1487] V. *supra* n°264 et s. et *infra* n°481 pour l'exemple relevé par V. Parisot quant au Liban.
[1488] V. *supra* n°132 et s.

Au contraire du raisonnement en termes de principe/exception, la défaillance du premier critère se pense plus aisément (A). La question qui se pose ensuite est celle du critère alternatif de rattachement choisi, voire de l'intervention, dans un second temps, d'un autre mécanisme de désignation de la norme applicable (B).

A- La défaillance du rattachement en cas de pluralisme communautaire

397. Penser la désignation de la norme non étatique par un rattachement en plusieurs temps permet de dépasser les difficultés liées à la détermination des conditions de déclenchement de l'exception ci-dessus exposées.

En effet, puisque la loi étatique n'est pas considérée comme le reflet d'un consensus normatif, la mise en œuvre de la règle de conflit peut apparaitre comme insatisfaisante puisque ne permettant pas, dans l'hypothèse de pluralisme communautaire et pour répondre à la question litigieuse, de désigner un seul ordre normatif.

Tel peut être le cas du rattachement de la résidence habituelle ou de la nationalité. Dans les deux cas, comme d'ailleurs pour l'ensemble des éléments de rattachements objectifs, il est possible de constater que l'Etat étranger « reconnait » des ordres non étatiques, susceptibles d'apporter une solution au litige particulier porté devant le juge français. La constatation est ici possible : elle n'est pas relative à l'existence d'une harmonie normative, mais à la reconnaissance au sens large par l'Etat désigné d'ordres non étatiques.

Cette reconnaissance, nous l'avons déjà souligné, se réalise lorsque l'Etat étranger connait des règles de conflit juridictionnelles et/ou une procédure d'exequatur des décisions des instances non étatiques[1489]. Dès lors, il est possible de considérer que le critère de rattachement initial, désignant un ordre étatique, ne peut suffire. Le pluralisme communautaire étranger est objectivement constatable.

Contrairement au jeu normal de la défaillance du rattachement (le retour à la *lex fori*), le cas particulier de l'existence du pluralisme normatif étranger aurait pour conséquence la mise en œuvre d'une technique seconde de rattachement.

B- Le choix de la technique de rattachement seconde

398. Une première précision s'impose : il n'est pas ici question de penser un critère de rattachement subsidiaire, c'est-à-dire de se détacher de la première désignation, qui reste essentielle. Nous l'avons vu, et selon la formule ramassée de H. Lindahl, « *[l]e droit gouverne les comportements humains, et ces derniers se réalisent dans l'espace* »[1490] ; l'Etat étranger et sa détermination restent centraux, ancrant la communauté non étatique dans un espace-temps particulier. Or, il est extrêmement difficile et non nécessairement souhaitable de penser l'espace en dehors des frontières étatiques ; la communauté non étatique doit être reconnue par l'Etat étranger.

L'introduction d'une seconde technique de rattachement a donc vocation à effectuer un choix entre les normes non étatiques dont les ordres sont reconnus par l'Etat étranger premièrement désigné

[1489] V. *supra* n°194, 203.
[1490] H. LINDHAL, tel que cité par C. RYNGAERT, *op. cit.*, spéc. p. 59 et s. Traduction libre.

ainsi que la norme étatique étrangère. Il est possible de penser l'application de la norme étatique à l'issue de ce second conflit de lois.

La question pertinente est celle du critère de rattachement permettant la désignation de la norme non étatique. Une première alternative se présente : la réinterprétation de la règle de conflit initiale dans le contexte particulier du pluralisme étranger (1) ou la mise en œuvre d'un nouveau mécanisme de désignation de la norme *in fine* applicable et potentiellement non étatique (2).

1) L'impossible réinterprétation de la règle de conflit de lois au regard des objectifs poursuivis

399. Il a pu être proposé de résoudre les conflits internes étrangers au regard des objectifs poursuivis par la règle de conflit du for[1491]. Ainsi, en matière personnelle et familiale, la poursuite des objectifs de permanence et de continuité aurait pour conséquence la consultation des règles de conflit internes étrangères lorsque celles-ci existent. Un alignement sur le point de vue de l'Etat étranger permettrait de respecter au mieux l'objectif de permanence. La réinterprétation de la règle de conflit de lois en matière personnelle et familiale ne mènerait ainsi à aucune modification méthodologique ou technique.

Au regard de nos précédents développements montrant la centralité de la notion d'identité en matière personnelle et familiale, on peut douter que l'objectif de permanence et de continuité, qui apparait au service du respect de l'identité individuelle (dans le temps), mène indubitablement à la désignation de la norme étatique étrangère[1492]. Tel ne peut être le cas lorsque la communauté non étatique a été au moins partiellement définie au regard de sa reconnaissance par l'Etat étranger, reconnaissant par-là l'effectivité de la communauté non étatique : l'objectif de permanence et de continuité peut alors être interprété comme menant à la désignation de la norme non étatique, indépendamment de la consultation des éventuelles règles de conflit internes étatiques. Tel n'est pas non plus le cas lorsque la norme étatique ne connait pas une effectivité suffisante. Une telle hypothèse peut cependant être contrecarrée par la redéfinition de l'Etat précédemment proposée, intégrant une condition d'effectivité concrète[1493].

Plus problématique est de repenser l'élément de rattachement afin de désigner une norme étatique. En effet, et nous l'avons maintes fois évoqué, la méthode bilatérale désigne nécessairement une norme étatique[1494]. Il est en réalité impossible de réinterpréter le critère de rattachement hors du paradigme étatique, et ce même dans un second temps : comment justifier retenir un critère ethnique ou religieux[1495], à la place du critère de la nationalité, du domicile ou de la résidence habituelle ? Les objectifs poursuivis par la règle de conflit de lois ne permettent pas d'énoncer de

---

1491 H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Paris II, 1985, n°397 et s., p. 465 et s. Une telle proposition est fondée sur une analogie avec le conflit transitoire de droit étranger, tel qu'analysé par P. Courbe.

1492 V. *supra* n°306 et s.

1493 V. *supra* n°154 et s.

1494 V. *supra* n°127 et s.

1495 Il n'est pas ici question de relever les hésitations quant à l'adoption d'un rattachement religieux. Cette problématique apparait également lorsque les règles étrangères internes sont consultées. L'objection principale adressée à l'encontre du rattachement religieux est qu'il ne permettrait pas de garantir la liberté de conscience et de religion. V. sur le sujet : V. PARISOT, qui propose, comme d'autres (S. RAMACIOTTI, *op. cit.*), de résoudre cette difficulté par « *[l]'accord des intéressés à l'application de leur confession commune* » (n°1619, p. 2394).

critères de rattachement seconds. Cela est particulièrement visible lorsque l'Etat étranger connait un pluralisme à la fois religieux et ethnique[1496].

2) L'introduction d'une seconde méthode de résolution du conflit de lois

400. D'après l'étude du droit positif des conflits interpersonnels de lois, trois types de raisonnement peuvent permettre la désignation de la norme « interne » à l'Etat étranger : la volonté, la proximité, ainsi que la consultation des règles de conflit internes de l'Etat étranger désigné.

Nous avons déjà pu montrer que l'intervention de la proximité, tout comme celle de la volonté ou encore l'application des règles de conflit étrangères internes étatiques, étaient critiquables[1497]. Nous avons par ailleurs rejeté la mise en œuvre par le for des règles de conflit internes étrangères[1498]. Les deux premières hypothèses ont précédemment été analysées en tant que rattachements subsidiaires. Retenir la volonté, bien que dans un second temps, pour effectuer le choix entre différentes normes, n'est pas satisfaisant en matière familiale. Ce rattachement fait fi de l'autorité de la loi étrangère et est susceptible de manipulations[1499]. Peu importe à cet égard qu'il soit retenu comme rattachement principal ou second ; les mêmes critiques peuvent être invoquées.

L'introduction d'un mécanisme unilatéral dans un second temps, à l'image du renvoi international, se heurte aux limites de l'unilatéralisme déjà rappelées. Plus concrètement, il s'agirait de déterminer, parmi les communautés « reconnues » par l'Etat étranger, celle qui a en l'espèce volonté à s'appliquer (a). Une seconde désignation à l'aide du principe de proximité ou des légitimes attentes des parties n'est pas impensable, et peut, pour le premier, se fonder sur quelques exemples de droit positif. Si de tels mécanismes ne sont pas entièrement satisfaisants, ils restent les plus adéquats afin de parvenir à la désignation d'une norme non étatique (b).

a) L'intervention d'un mécanisme unilatéraliste second

401. A l'image du renvoi international, il apparait possible d'introduire au sein de la méthodologie bilatéraliste une technique d'inspiration unilatéraliste[1500].

Il conviendrait alors de relever les différentes normes ayant vocation à s'appliquer. Un tel examen est davantage circonstancié que celui de la méthode unilatérale classique, puisque dépendant d'une première désignation (il ne s'agit pas d'interroger l'ensemble des lois existantes dans le monde mais « seulement » celles émanant de communautés « reconnues » par l'Etat étranger initialement désigné, ce qui réduit fortement le périmètre d'investigation). Cependant, mesurer cet intérêt, pour un juriste de droit français, ne peut se passer de l'intervention des mêmes spécialistes que ceux venant d'être évoqués à propos de la proximité. En effet, les normes non étatiques peuvent ne pas être écrites, ou encore ne pas être le produit d'une autorité officielle. La volonté d'application des normes apparait alors particulièrement difficile à déterminer.

1496 V. par exemple le cas du Pakistan (I. YILMAZ, « Nation Building, Islamic Law and Unofficial Legal Pluralism: the Cases of Turkey and Pakistan », *in* N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (éd.), *Legal Pluralism in Muslim Contexts,* Brill, Leiden, 2019, p. 109).

1497 V. *supra* n°133.

1498 V. *supra* n°266 : ces règles ont été pensées pour le contexte étatique interne, sont souvent des règles de conflit d'autorités, et ne permettent pas la désignation de normes substantielles.

1499 V. *supra* n°224.

1500 Pour une mise en lumière et une critique des incohérences auxquelles mène cette combinaison, v. D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance…, op. cit*., n°430 et s., p. 544 et s.

L'introduction d'un raisonnement unilatéraliste en un second temps ne souffre pas des mêmes critiques que la proximité, dans la mesure où il ne s'agit pas d'effectuer un raisonnement *in concreto*, particulièrement difficile à effectuer et pouvant se révéler insatisfaisant en l'absence d'éléments de fait suffisants.

Il est possible de rapprocher de l'introduction d'un tel mécanisme le choix de l'effectivité comme critère de résolution du pluralisme interne étranger en l'absence de règles de conflit internes. Telle est la solution prônée pour les conflits internes « interprovinciaux » à l'article 1er, alinéa 2, de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la forme des dispositions testamentaires[1501].

Bien évidemment, l'introduction du raisonnement unilatéraliste pose la difficulté de la résolution des conflits positifs : que faire lorsque les deux parties appartiennent à deux communautés religieuses distinctes, ayant une égale volonté d'application (v. le cas de deux époux libanais, l'un appartenant à la communauté catholique, l'autre à celle arménienne-orthodoxe ?). La situation est encore plus difficile à résoudre lorsque la loi étatique a elle aussi vocation à s'appliquer[1502].

b) L'intervention d'un raisonnement *in concreto* : la proximité ou les légitimes attentes comme rattachement second

402. La proximité ou les légitimes attentes peuvent constituer des critères de choix de loi et peuvent, nous l'avons vu, être étroitement liés. Il ne s'agit pas ici de penser le jeu d'une exception qui viendrait écarter le droit étatique initialement désigné, mais de les utiliser comme critères de résolution d'un second conflit de lois, qui peut se résoudre en faveur d'une norme non étatique comme de la norme étatique initialement désignée. Ils ont en commun de mobiliser une appréciation *in concreto* de la situation des parties.

403. Retenir comme rattachement second la proximité (non pas géographique mais intellectuelle[1503]) ne souffre pas exactement des mêmes critiques que celles retenues contre son intervention comme rattachement principal. Le passage à un raisonnement mené *in concreto* peut ne pas apparaitre si insatisfaisant lorsqu'il est combiné avec une première désignation étatique et la nécessité pour la communauté non étatique d'être reconnue par ce premier Etat. En effet, comme le montre la jurisprudence fondant l'application de la norme confessionnelle sur la volonté tacite des parties d'y être soumises[1504], l'appartenance à une communauté non étatique peut se manifester très concrètement par un ensemble d'indices factuels objectifs (*ketouba*, baptême, cérémonie, observation d'autres rites…). On peut à cet égard effectuer un parallèle avec les critères d'appréciation de l'appartenance clanique en Nouvelle-Calédonie dans le contentieux du changement de statut : là aussi, cette appartenance est appréciée au regard d'un faisceau d'indices

[1501] « Aux fins de la présente convention, si la loi nationale consiste en un système non unifié, la loi applicable est déterminée par les règles en vigueur dans ce système et, à défaut de telles règles, par le lien le plus effectif qu'avait le testateur avec l'une des législations composant ce système » (nous soulignons).
[1502] V. *supra* n°356 et s.
[1503] V. déjà *supra* n°133 et not. E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne » », *RCADI*, *op. cit.*, spéc. p. 184, proposant de concrétiser le lien le plus effectif en tenant compte des « liens culturels » de la personne.
[1504] V. *supra* n°233.

(participation aux activités du clan notamment[1505]). Lorsqu'une autorité non étatique est intervenue et que son intervention a un lien avec le litige, il s'agit d'un indice fort en faveur du rattachement du litige à l'ordre pour lequel l'autorité agit[1506].

A titre d'exemple, en matière de filiation, il serait ainsi possible d'appliquer la loi d'une communauté ethnique reconnue par l'Etat étranger de nationalité de la mère de l'enfant, dès lors que le litige[1507] a des « points de contacts » certains avec un ordre normatif particulier. L'existence d'un échange coutumier, rite selon lequel « *le père de l'enfant accomplit vis-à-vis de la mère, de ses frères et de leur clan, le geste pour prendre l'enfant* »[1508] et l'intégrer au clan paternel, est le signe, pour la question de la filiation du père, de l'intégration du litige dans l'ordre coutumier néo-calédonien. Tel serait également le cas en présence de l'existence d'un mariage entre les deux parties auquel vient s'ajouter une « *union coutumière* », « *alliance entre deux clans agnatiques aux termes de laquelle un clan maternel s'engage à donner des enfants (de la vie) à un clan paternel qui, à cette fin, accueille une femme issue du clan maternel et s'engage à la protéger elle et les enfants à naître, les enfants étant dès lors promis au clan paternel. Dans cette conception, le mariage qui unit l'homme et la femme n'est que la traduction de cet accord interclanique (CA Nouméa, 20 mars 2014, Ch. cout., RG12-519)* »[1509].

On le comprend à travers cet exemple : la compréhension-même des éléments de fait pertinents pour apprécier un ancrage social socioculturel suppose une connaissance approfondie des différents systèmes normatifs. Comment sinon comprendre que le mariage coutumier a une incidence directe sur la filiation et qu'il est à ce titre un élément factuel essentiel ? Si le lien entre mariage et filiation n'est pas si incongru du point de vue du juge français, d'autres comportements, ayant une relevance pour l'ordre normatif non étatique, peuvent ne pas être relevés par le juge français (par exemple le rite de passage *Olng'esherr*, déterminant pour les individus de sexe masculin de la communauté masaï la capacité de se marier[1510]).

[1505] P. DEUMIER, « Le contentieux préalable du changement de statut », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 21, spéc. p. 34.

[1506] V. *infra* n°497 et s. pour nos réflexions sur une extension des méthodes de reconnaissance.

[1507] Ou avec les parties, dans la mesure où, en matière personnelle et familiale, l'identité des individus est centrale. On remarquera que le choix d'un raisonnement en termes de proximité est effectué en droit positif lorsqu'il est question de penser la résolution du conflit interne « interpersonnel » (art. 15 Rome III, art. 37 Règlement Succession, art. 34 du Règlement régimes matrimoniaux, Art. 34 du Règlement sur les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés de 2016 n°2016/1104). Il est en effet bien souvent plus facile d'apprécier les liens des différentes personnes avec les ordres juridiques non étatiques. Leur appartenance culturelle et religieuse joue certes un rôle important, mais non en raison de la « nature » du conflit (interpersonnel, interterritorial). Cette dernière distinction a déjà pu être critiquée (v. *supra* n°163). Les liens qu'entretiennent les parties avec les différentes communautés sont pertinents en raison du fondement identitaire. Ainsi, il est possible de tenir compte de la durée et l'état de leur appartenance, l'intensité des contacts avec le groupe d'appartenance par l'observation de normes de comportement spécifiques (formes, cultes et fêtes traditionnelles, règles d'alimentation, langue parlée par le groupe, respect des commandements, utilisation usuelle de concepts particuliers au groupe).

[1508] H. FULCHIRON, « La filiation », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 51, spéc. p. 53, citant un extrait de la décision du TPI de Nouméa statuant en formation coutumière le 21 février 2011 (RG 9-451).

[1509] *Ibid.*

[1510] https://ich.unesco.org/fr/USL/l-enkipaata-l-eunoto-et-l-olng-esherr-trois-rites-de-passage-masculins-de-la-communaute-masai-01390 (consulté pour la dernière fois le 31/08/2024). En Tanzanie, les mariages selon les coutumes traditionnelles sont reconnus par l'Etat (U. WANITZEK, v°Tansania (2021), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023, p. 24).

404. Il apparait alors nécessaire de faire appel à des professionnels de l'altérité normative, dès lors que l'Etat étranger initialement désigné peut être considéré comme intégré à un environnement pluricommunautaire. En plus des juristes comparatistes, se seront les sociologues ou les anthropologues du droit qui sembleront plus à même de formuler un avis éclairé au juge saisi d'un litige de droit international privé[1511]. Il s'agit dans tous les cas de solliciter de façon systématique les spécialistes de l'altérité normative et de mettre en lumière le besoin d'interdisciplinarité au sein de la communauté juridique[1512]. Recourir à l'expertise des juristes comparatistes est préférable au recours au témoignage ou à l'expertise d'un « représentant » du phénomène normatif étranger concernée[1513]. En effet, rien ne garantit que celui-ci ne sera pas « mal compris » par le juge français, dépourvu d'outils méthodologiques pour saisir les propos rapportés.

On le voit, les implications de la mise en œuvre du principe de proximité ne sont pas minimes et, si elles paraissent coûteuses, elles sont toutefois nécessaires. Lorsque la situation litigieuse peut être rattachée à plusieurs communautés non étatiques à l'étranger, seul un spécialiste pourra affirmer quels éléments de fait sont prépondérants afin de mesurer le degré de proximité et d'effectuer le choix entre les différentes appartenances. Lorsqu'il est question de constitution d'une situation devant le juge français, ces éléments de fait peuvent être rares (ainsi, par exemple, l'action en recherche de paternité d'une femme indonésienne[1514] exercée à l'encontre d'un français). Dans ce dernier cas, un raisonnement en termes de proximité apparait insatisfaisant. S'attacher à la communauté à laquelle appartient la mère dans l'exemple précité est certes une solution – néanmoins, lorsque la règle de conflit de lois première ne se concentre pas sur une partie en tant que telle (en retenant comme critère de rattachement, par exemple, la résidence habituelle, le domicile, ou encore la nationalité commune), cette solution est insatisfaisante.

[1511] L'objectif de l'anthropologie « *est de comprendre les phénomènes juridiques en saisissant chacun d'eux dans l'ensemble des sociétés où la sagacité des observateurs permet de le reconnaître sous des traits différents et sans oublier que ces traits sont différents. L'hypothèse de base est que toutes les sociétés humaines ont une même rationalité mais que chacune a sa logique propre. Il faut donc apprendre à reconnaitre un même phénomène juridique, quelles que soient les transformations que lui fait subir son insertion dans les multiples structures logiques des sociétés où il apparait* » (M. ALLIOT, « Le miroir noir – Images réfléchies de l'Etat et du droit français », *in Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, Paris, 2003, p. 105).
Les comparatistes s'intéressent également à la question des « *strates officieuses* » de production normative : M. BUSSANI, « Les fermetures de la comparaison juridique », *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 215.

[1512] Une once d'optimisme quant à une telle proposition est permise à la lecture de l'article de S. CHAILLE DE NERE, dans lequel l'auteure souligne que dans cette affaire, il est vrai de droit interne, tant le rapport que les conclusions de l'Avocat général sont riches « *d'informations sociologiques sur la pratique polynésienne du don d'enfant* » (« Tradition culturelle et loi étatique : conflit de normes autour du don d'enfant polynésien (Civ. 1, 21 septembre 2022, n° 21-50.042) », *RCDIP*, 2023, p. 227 ; nous soulignons). L'auteur note qu'« *[i]l est tout à fait manifeste que la Cour de cassation a voulu comprendre et qu'elle s'en est donné les moyens. On ne peut, de ce point de vue, que se réjouir de l'attention portée par les magistrats à une pratique qui, pourtant, à bien des égards, est aux antipodes des perceptions métropolitaines* ».

[1513] Il est en effet parfois peu judicieux de faire intervenir au procès un représentant d'une communauté (notamment de tradition orale). Les difficultés sont extrêmement complexes en fonction de la communauté concernée et des liens avec celle du for. V. sur le sujet : J. BORROWS, « Listening for a Change : The Courts and Oral Tradition », *Osgoode Hall Law Journal,* 39 (1), 2001, p. 1.

[1514] Sur le pluralisme en Indonésie, v. les travaux fondateurs de F. VON BENDA-BECKMANN, « Symbiosis of indigenous and western law in Africa and Asia : an essay in legal pluralism », *in* W. J. Mommsen and J. A. De Moor (éd.), *European Expansion and Law : The Encounter of European and Indigenous laws in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford/New York, Berg Publishers, 1992, p. 307. Et plus récemment : A. FEILLARD, E. NURLAELAWATI, « Modernization, Tradition and Identity, the Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in the Indonesian Religious Courts », *Archipel*, volume 83, 2012, p. 204.

405. Une solution en termes de proximité aurait pour mérite de pouvoir partiellement se fonder sur le droit positif. En droit comparé, national ou conventionnel et européen, le principe de proximité peut précisément venir résoudre la difficulté spécifique de l'existence de « plusieurs ordres juridiques partiels » à l'étranger (v. l'article 5 al. 3 de la loi autrichienne du 15 juin 1978[1515]). Cependant, il convient de remarquer que le principe de proximité n'est mis en œuvre qu'en l'absence de règles de conflit internes étrangères. Par ailleurs, on remarquera que son utilisation est parfois infiniment subsidiaire (en l'absence de réalisation de tout autre élément de rattachement[1516])[1517].

En réalité, la solution ici imaginée ne répond à aucun texte de droit positif : au contraire de l'ensemble des conventions[1518] et du droit comparé, le principe de proximité joue également en présence de règles de conflit internes étatiques étrangères ; contrairement à d'autres conventions[1519], ce principe ne joue pas à titre général, mais répond spécifiquement au problème du pluralisme normatif étranger.

Ce n'est donc qu'avec de nombreuses réserves et doutes quant aux conditions de sa mise en œuvre qu'on retiendra la possibilité de faire jouer le principe de proximité. On renverra enfin le lecteur à une critique générale de ce mécanisme déjà énoncée au début de ce travail, pouvant être brièvement rappelée : le principe de proximité est d'application délicate lorsque le litige et les individus peuvent être considérés comme « proches » de plusieurs ordres normatifs. Or, tel est précisément le cas une fois admise la relevance de normes de communautés socioculturelles et étatiques[1520].

406. Penser un deuxième conflit de lois entre la norme étatique initialement désignée et les normes des communautés socioculturelles que l'Etat étranger reconnait a pour conséquence qu'en l'absence de détermination possible de l'ordre normatif le plus proche ou des normes duquel les parties pouvaient raisonnablement prévoir l'application, il convient d'appliquer la *lex fori*. Il s'agit d'une différence majeure avec la conception des rapports entre droit étatique étranger et norme non étatique comme un pluralisme harmonieux ; selon cette conception, il convenait, en l'absence du jeu de l'exception, d'appliquer le droit étatique désigné par la règle de conflit de lois et non la *lex fori*. Certes, l'ordre juridique étatique a une influence prépondérante sur les communautés non étatiques[1521] et, à ce titre, le retour à la norme étatique étrangère aurait pu être considéré comme satisfaisant. Cependant, nous l'avons vu, l'Etat étranger peut être profondément divisé et

---

1515 V. PARISOT, *op. cit.*, n°1549 et s., p. 2311 et s. L'auteure mentionne également la loi burkinabè (du 4 aout 1990), celle liechtensteinoise (du 19 septembre 1996), ainsi que la loi russe (du 26 novembre 2001).

1516 *Ibid.*, n°1555, p. 2321 : « *Autrement dit, dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978, le principe de proximité n'intervient, dans les conflits internes étrangers, qu'à titre infiniment subsidiaire, et à condition que le critère de rattachement retenu à titre principal ne puisse pas être localisé directement. Soit il supplée la défaillance du rattachement subsidiaire, lui-même prévu pour suppléer la défaillance du rattachement principal. Soit il constitue une règle de rattachement de tout dernier recours, lorsque tous les stratagèmes imaginés par le for pour désigner le droit applicable échouent* ».

1517 V. Parisot relève deux utilisations du principe de proximité dans le droit conventionnel et européen : son intervention à titre subsidiaire, en l'absence de règles de conflit internes étrangères (jouant le « *rôle d'une règle de rattachement à part entière* » (*ibid.*, n°1553, p. 2317)) et son intervention afin de compléter le critère de la règle de conflit du for.

1518 V. par exemple la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

1519 V. la Convention de La Haye du 14 mars 1978.

1520 V. *supra* n°133, 345.

1521 V. *supra* n°345.

l'application de la norme étatique heurter les légitimes prévisions des parties, fondées au regard d'ordres normatifs denses[1522].

Le retour à la *lex fori* en cas d'échec de la désignation de l'ordre normatif à l'étranger est par ailleurs le signe de la véritable autonomie de la norme non étatique sur le terrain, non de sa définition, mais de son régime[1523].

En outre, détachée d'un mécanisme d'exception, le risque d'arbitraire quant au choix de l'ordre le plus proche est décuplé (et l'on connait les critiques de la clause d'exception quant à l'imprévisibilité du droit applicable[1524]). Lorsque la situation litigieuse est marquée par une grande complexité (parties de communautés non étatiques différentes par exemple), le choix d'un ordre non étatique au regard de la proximité ou des légitimes attentes des parties apparait particulièrement délicat.

A ce stade, il convient ainsi de conclure, avec d'importantes réserves (notamment en raison du fondement critiquable du pluralisme apaisé), en faveur du jeu d'une exception de proximité et/ou de légitimes attentes des parties : la désignation de la norme non étatique est possible, mais elle nécessite l'introduction d'une exception à l'application du droit étatique étranger.

407. Conclusion de la section. Le bilatéralisme permet de penser un rattachement en plusieurs temps, grâce à l'étape intermédiaire de désignation de l'ordre juridique pertinent. Il est alors possible de penser la dissociation entre ordre juridique étatique et loi étatique. Une telle démarche nécessite de penser le pluralisme normatif étranger et les rapports entre norme étatique et non étatique.

A un raisonnement en termes de principe/exception s'oppose un raisonnement en plusieurs temps. Le premier des deux permet de penser la norme étatique comme reflétant un consensus normatif harmonieux en raison d'un besoin de paix sociale pour les individus soumis à des devoirs de conduite de différents ordres normatifs entretenant ainsi des interactions régulières. Partir du postulat de l'harmonie normative repose cependant sur des bases fragiles, les conditions de réalisation de celle-ci dépendent en effet de facteurs multiples. Il est également probable que la situation de pluralisme normatif se solde en une répartition entre les différents ordres normatifs de « domaines » spécifiques (vie quotidienne, « morale », domaine familial, professionnel, etc.). Retenir ce postulat permet toutefois de penser l'application de la norme non étatique par le biais d'une proximité (culturelle, mais aussi géographique) ou des légitimes attentes des parties. Une telle solution apparait meilleure que l'invocation par une des parties au litige de la norme non étatique. Cette invocation se révèle en pratique assez irréaliste et peu satisfaisante au regard de la relevance de la norme non étatique. Toutefois, la mise en œuvre d'une exception de proximité ou de légitimes prévisions se solde par le retour à la loi étatique initialement désignée, ce qui est, en présence de communautés profondément divisées et au regard des légitimes prévisions des parties au regard de communautés socioculturelles denses, critiquable.

Une autre solution est de penser un rattachement en plusieurs étapes, marqué par la défaillance de l'élément de rattachement en présence d'une situation de pluralisme communautaire étranger. Cette hypothèse est à retenir dès lors que l'Etat étranger connait des règles de conflit internes sur le plan

[1522] V. *supra* n°395.
[1523] V. *supra* n°350.
[1524] Y. PRE, *op. cit.*, spéc. n°941 et s., p. 931 et s.

juridictionnel ainsi qu'un système d'exequatur des décisions des autorités non étatiques. Il s'agit précisément d'une condition de relevance de la norme non étatique : son appartenance à un ordre « reconnu » par l'Etat étranger, cette reconnaissance se comprenant dans un sens plus général qu'en droit international privé mais au regard du litige de droit privé dont est saisi le juge français. Une fois le premier rattachement considéré comme défaillant, une deuxième mise en œuvre des méthodes de résolution du conflit de lois est nécessaire. Mais tant le principe de proximité, l'intervention des légitimes attentes des parties, ainsi que l'introduction d'un mécanisme unilatéraliste se heurtent à de considérables difficultés pratiques et théoriques. Si le principe de proximité ou le critère des légitimes attentes apparaissent comme les rattachements les plus satisfaisants, il reste qu'ils se heurtent à de nombreuses critiques et difficultés de mise en œuvre.

408. Conclusion du chapitre. L'approche bilatéraliste permet théoriquement la désignation d'une norme non étatique. La méthode unilatéraliste ne permet pas d'aboutir à un tel résultat : cette méthode envisage nécessairement la relation entre norme étatique et non étatique en termes de confrontation frontale, ne permettant pas de dégager de critère de relevance permettant de faire primer la norme non étatique sur la norme étatique. Au regard de la matière et de la définition de l'ordre non étatique retenue, il est difficile d'imaginer l'hypothèse où aucune loi étatique ne serait intéressée à la résolution du conflit. Dès lors, la loi étatique possédant des caractéristiques de légitimité, d'effectivité et d'autonomie difficilement niables, la désignation de la norme non étatique relève de la pure hypothèse théorique. L'introduction d'un principe d'accommodement des normes *a priori* en conflit permet, dans le domaine classique du droit international privé, tout au plus un cumul des différents devoirs de conduite. Une telle solution est précisément celle à laquelle les méthodes de droit international privé sont censées remédier : il convient d'éviter que les individus n'aient à se conformer aux exigences de différentes lois, qui peuvent de surcroit se révéler, dans leur contenu, contradictoires.

La méthode bilatéraliste est plus prometteuse, mais la désignation d'une norme non étatique ne peut se faire selon une stricte interprétation de cette méthode. En effet, si la méthode bilatéraliste ouvre un espace de réflexivité en désignant dans un premier temps un ordre juridique, la réinterprétation de la règle de conflit de lois sans autre directive ne permet pas de désigner de manière abstraite une norme non étatique. Il est alors apparu nécessaire de revisiter la méthode, lui intégrant des modes de raisonnement lui étant étrangers. Une première solution est de greffer, dans un second temps, un nouveau conflit de lois faisant intervenir le critère de la proximité ou des légitimes attentes des parties, nécessitant une appréciation *in concreto* de la situation des parties. Une telle solution ne souffre pas de l'ensemble des critiques lui étant traditionnellement adressée, puisqu'elle dépend étroitement d'une première désignation étatique. Néanmoins, sa mise en œuvre est délicate et surtout, sa pertinence est liée à une réunion d'éléments de fait qui peut ne pas être donnée lorsqu'il est question, ce qui est précisément le domaine des méthodes de conflit de lois, de la constitution d'une situation devant le juge français. Une autre solution est l'introduction d'une exception de proximité et/ou de légitimes prévisions, permettant de désigner une norme non étatique appartenant à un ordre reconnu par l'Etat initialement désigné par la règle de conflit de lois du for. En l'absence de jeu de l'exception, mise en œuvre d'office par le juge français en

présence de droits indisponibles, il conviendrait d'appliquer la loi étatique étrangère initialement désignée. Or, une telle solution s'avère, dans son principe et en raison du postulat du pluralisme apaisé sous-tendu, insatisfaisante.

Ce n'est ainsi qu'au prix d'un remaniement important de la méthode bilatérale de conflit de lois et de grandes incertitudes qu'il est possible d'aboutir à la désignation d'une norme non étatique. On verra cependant que l'application de celle-ci se heurte dans certaines conditions à d'importants obstacles, justifiant l'introduction d'un mécanisme de retrait.

409. Si la désignation de la norme non étatique est loin de relever de l'évidence, son application soulève des difficultés qui paraissent à l'examen insurmontables (section 1). D'une part, et cela est relevé par la doctrine[1525] et connu de la pratique[1526], le « filtre » de la qualification et de l'insertion de la question litigieuse au sein d'une catégorie de questions, caractéristique de la règle de conflit de lois bilatérale, apparait insatisfaisante lorsque les normes étrangères remplissent un ensemble de fonctions que le droit français ne connait pas (institutions inconnues du droit français ; fonctions ou pouvoirs inconnus du juge français). Les normes religieuses ou ethniques se heurtent par ailleurs bien souvent à des exigences relevant de l'ordre public international français, faisant échouer toute tentative de coordination. Enfin, les communautés socioculturelles admettent rarement la reconnaissance des décisions étrangères se fondant sur leurs normes, heurtant l'harmonie internationale des solutions, même si celle-ci ne joue, sur le terrain du conflit de lois, qu'un rôle secondaire.

L'ensemble de ces considérations viennent plaider en faveur d'une coordination par le retrait. Si cette solution, qui n'est pas inconnue et se révèle sous différentes formes (*forum non conveniens*, pour ne citer que l'exemple le plus évident), peut apparaitre insatisfaisante aux yeux de l'internationaliste habitué à manipuler la norme étrangère, l'introduction de ce mécanisme exceptionnel sur le terrain de la compétence permet au mieux de répondre aux différentes exigences du droit international privé en matière personnelle et familiale (section 2).

[1525] Il s'agit d'un argument solide opposé par les partisans de l'unilatéralisme. V. par exemple : H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°172, p. 184.

[1526] V. à titre d'exemple, la jurisprudence sur le *trust* et les différentes qualifications qui ont pu être retenues : Trib. civ. Seine, 19 décembre 1916, *JDI*, 1917, p. 1069 ; Trib. civ. Nice, 3 mai 1905, *JDI*, 1911, p. 278 ; Trib. civ. Seine, 5 mars 1897, *JDI*, 1911, p. 594. V. not. sur le sujet : Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? », *RCADI*, vol. 387, 2015, p. 9, spéc. n°85, p. 130.

Section 1 : Les difficultés d'application de la norme non étatique en l'absence de communauté de droit

410. Par souci de clarté, rappelons brièvement l'hypothèse dans laquelle il est question de l'application de la norme non étatique, à laquelle les développements qui suivent se rapportent. Trois cas de figure sont en effet à distinguer.

411. Dans la première hypothèse, certains Etats prévoient l'application de normes « non étatiques » par les tribunaux étatiques. En droit comparé, dans les Etats où l'application du droit religieux est prévue par des tribunaux étatiques, il y a nécessairement un droit de source étatique de résolution des « conflits » internes (Egypte, Tunisie, Algérie, Maroc, Soudan, Indonésie, Inde, Pakistan[1527], Bengladesh[1528]). En effet, pour le bon fonctionnement de la justice étatique étrangère, les tribunaux étatiques doivent avoir à leur disposition un corps de règles unifié venant préciser la loi applicable au litige concret dont ils sont saisis. En l'absence d'instances de règlement des conflits propres, ces normes ne peuvent être considérées comme des normes non étatiques[1529]. Il convient logiquement et impérativement dans ce cas d'appliquer les « règles de conflit internes » étatiques étrangères[1530], peu important l'élément de rattachement de la règle de conflit de lois : il s'agit en réalité d'une question de détermination ou d'interprétation du droit matériel étatique étranger[1531].

1527 *Oberlandesgericht* Cologne, 27 nov. 2001, 4 UF 81/01, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 2002, p. 1481 : la validité du divorce d'un couple pakistanais s'examine au regard des règles de la « *fikah Ahmadiyya* » de la communauté « *Ahmadiyya-Muslim-Jamaat* », lorsque le droit pakistanais le prévoit.

1528 V. *supra* n°194.

1529 V. *supra* n°178 et s. (notamment en raison de l'absence d'autonomie et de sanction sociale suffisamment forte).

1530 Peu importe à cet égard qu'elles aient été formulées par les communautés elles-mêmes. En l'absence de tribunaux non étatiques, et lorsque les règles de conflit internes formulées par l'Etat coexistent avec celles des communautés, il convient de préférer les premières : il n'existe pas, pour les besoins du droit international privé, d'ordre non étatique.

1531 Dans ce cas, aucune modification par rapport au jeu classique des méthodes du droit international privé n'est à observer. La détermination du contenu du droit étranger se joue sur le terrain de la charge de la connaissance de la loi étrangère (v. sur le sujet : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, n° 436-2 et s., p. 547 et s.). Depuis les décisions *Itraco* et *Aubin* de 2005 (Civ. 1, 28 juin 2005, *Aubin*, n° 00-15.734, Com. 28 juin 2005, *Sté Itraco*, n° 02-14.686 (BICC 15 oct. 2005, n°s 627, 1941 et 1997 ; *RCDIP* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *D.* 2005. 2853, note N. BOUCHE ; *Dr. et patr.* nov. 2005, n° 142, p. 108, obs. M.-E. ANCEL ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006, p. 20, note M.-L. NIBOYET ; *LPA* 28 déc. 2005, n° 258, p. 16, note J.-G. MAHINGA ; *GADIP*, n° 83), « indépendamment du caractère disponible ou non, il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ». L'application à titre subsidiaire de la *lex fori* ne peut intervenir qu'après avoir retenu et justifié une impossibilité objective d'accéder au contenu de la loi étrangère (V. not. : Civ. 1, 21 nov. 2006, n°05-22.002, note H. MUIR WATT, *RCDIP*, 2007, p. 575 ; *D.* 2007, p. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE).
Traiter la connaissance de la loi étrangère sur le terrain de la charge de la preuve n'est théoriquement pas entièrement satisfaisant car fondé sur le postulat que le droit étranger pourrait être « observé » et serait « complet », non contradictoire et certain. Le terrain de l'interprétation serait plus adéquat, car il suppose l'adoption des raisonnements étrangers de résolution des litiges, que ce soit d'interprétation de la norme (le poids donné à une interprétation littéraire par rapport à une interprétation téléologique par exemple) ou plus généralement d'articulation des sources (le poids des sources écrites par rapport à la pratique de la norme par exemple). Cette difficulté de distinction entre connaissance de la norme étrangère et interprétation se traduit par l'exceptionnel contrôle de la Cour de cassation (des motifs ou de dénaturation, se heurtant frontalement au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond dans la connaissance de la loi étrangère). V. sur le sujet : H. MUIR WATT, note sous Civ. 1, 22 oct. 2008, n° 07-14.934 et Civ. 1, 17 déc. 2008, n° 08-11.864, *RCDIP* 2009, p. 53.

412. La seconde hypothèse ne fera pas non plus l'objet des développements suivants. Il s'agit de celle de l'absence de reconnaissance par l'Etat désigné par la règle de conflit de lois de la communauté à laquelle prétendent appartenir ou appartiennent les parties (exemple de la communauté bahaïe en Iran[1532] ou au Liban, des roms dans la plupart des Etats européens[1533])[1534]. En effet, l'existence d'une norme non étatique n'est pas caractérisée : sans sa « reconnaissance » étatique, la légitimité et l'effectivité du phénomène normatif ne sont pas suffisamment caractérisées. Il convient alors de privilégier la norme étatique. Il est cependant possible de prendre en compte la norme non étatique par plusieurs mécanismes : prise en considération, ordre public international en raison d'une atteinte à la liberté de conscience/de religion dans le cas où l'Etat étranger soumet la relation litigieuse à une religion ou ethnie à laquelle n'appartiennent pas les intéressés (communauté bahaïe et droit iranien musulman[1535]). Dans ce dernier cas, il a pu être très concisément et justement écrit que la « *diversité […] [est] reléguée dans le champ des libertés* »[1536].

413. La troisième hypothèse qui nous intéresse est celle de la reconnaissance des ordres non étatiques par l'Etat étranger, cette reconnaissance se repérant très concrètement par celle, officielle, de tribunaux non étatiques, s'opérant par la circulation de leurs décisions. En d'autres termes, il s'agit de repérer l'existence de normes de compétence d'autorités ainsi que l'existence d'un contrôle d'exequatur, même léger. L'ordre non étatique doit par ailleurs être une communauté socioculturelle.

Dans ce cas précis, la désignation de la communauté s'avère, sur le fondement de la méthode bilatérale, possible. Toutefois, l'application de la norme non étatique se heurte à de sérieuses difficultés en raison de l'absence de « communauté de droit ». Celles-ci sont partiellement connues, puisqu'elles surgissent également lors de la coordination avec des ordres normatifs, certes étatiques, mais de tradition différente de celle de l'ordre juridique français, situés hors de la « communauté de droit » de Savigny : il s'agit de difficultés de qualification[1537] (I) ; ou encore du risque d'intervention systématique de l'ordre public international (II).

Il est possible que les règles internes se révèlent contraires à l'ordre public international français (v. pour de plus amples réflexions : D. BODEN, « Les effets en droit international privé français de l'appartenance d'une personne à un prétendu groupe ethnique ou d'une appartenance comparable », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 247, spéc. n°19 et s., p. 255 et s.).

1532 « *Si l'ordre juridique dont la loi a vocation à être appliquée en vertu des règles de droit international privé allemandes refuse de reconnaître une communauté religieuse et contraint les membres de celle-ci, par son droit interpersonnel, à se soumettre au droit d'une autre religion, cela peut constituer une violation de l'ordre public international allemand* » (J. VON HEIN, *in Münchener Kommentar BGB*, 10ème éd., 2024, sous l'art. 4 EGBGB, n°261, p. 392 et s, traduction libre; *Oberlandesgericht* Hamm, 29 avril 1992, 15 W 114/91, *IPRax* 1994, p. 49, spéc. p. 52 et s.). En l'espèce, l'application du droit iranien chiite est appliqué à la succession d'un réfugié de nationalité iranienne appartenant à la communauté bahaïe. L'argument de l'intervention de l'ordre public international allemand n'est cependant en l'espèce pas retenu par la Cour.

1533 *Oberlandesgericht* Köln, 4 avril 1994, 20 U 226/92, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 1994, 1523, *IPRspr.* 94, Nr. 32.

1534 V. cependant sur ces cas de figure, *infra* n°575 et s.

1535 *Oberlandesgericht* Hamm, arrêt précité et J. VON HEIN, *ibid.*

1536 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, spéc. n°325, p. 327, citant D. Gutmann.

1537 Cela ne signifie pas que la méthode unilatéraliste soit exempte de toute opération de qualification, mais cette dernière correspond à l'opération de droit commun (qualification des faits litigieux au regard des normes de droit substantielles), menée toutefois selon le droit étranger ayant « volonté » à s'appliquer.

Ces difficultés ne sont en réalité pas éloignées ; elles puisent leur source dans l'existence du conflit de cultures et de traditions[1538]. Aussi, des exemples aujourd'hui tout à fait classiques seront rapidement convoqués : remise du *guet*[1539], prononciation du *talaq*[1540], traitement du *mahr*[1541]. L'absence de caractère étatique de la norme et de l'ordre étrangers joue cependant un rôle particulier, venant ériger le problème de l'absence d'équivalence fonctionnelle des institutions à un niveau supérieur. Les ordres non étatiques, et plus concrètement les autorités agissant en leur nom, connaissent des fonctions fondamentalement inconnues du juge français, remettant en cause la fongibilité des normes pourtant essentielle aux méthodes conflictuelles.

414. On laissera de côté la difficulté, évidente, de l'inaccessibilité de la norme non étatique en raison de l'impossibilité matérielle d'établir sa teneur[1542]. Comme le souligne L. Corbion, « *aux difficultés avérées de se renseigner sur le contenu du droit étranger doivent être assimilées les hypothèses où le coût de cette recherche se révèlerait excessif par rapport à l'enjeu du litige* »[1543]. La solution, unanimement retenue, est celle de l'application subsidiaire de la *lex fori*[1544]. Ce problème peut cependant s'avérer majeur lorsqu'il est question de normes non étatiques, en l'absence de source écrite[1545] ou d'autorité émettrice de la norme (coutume), etc. Il s'agirait alors de prévoir, ici encore, un recours systématique aux spécialistes de droit comparé[1546] (éventuellement intervenant à titre d'expert), de

---

1538 V. déjà : C. HERFARTH, *Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1999.

1539 Document actant le divorce religieux selon les normes hébraïques, octroyé par le mari et permettant à la femme de se remarier religieusement. V. déjà *supra* n°1.

1540 V. *supra* n°365 pour une définition (en note de bas de page).

1541 V. *infra* n°421 pour une définition.

1542 V. sur le sujet, récemment : B. HAFTEL, Compte rendu de l'ouvrage La connaissance du droit étranger – À la recherche d'instruments de coopération adaptés, par G. Cerqueira, N. Nord (dir.), *JDI*, 2021 (n°2), p. 779.

1543 L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé,* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n°272, p. 246, note 2.

1544 P. MAYER, V. HEUZÉ, B. REMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°201 et s., p. 151 et s.

1545 V. notamment pour les « droits traditionnels » de l'Afrique noire francophone, la remarque de M. THIOYE : « *[l]'oralité des droits originellement africains a aussi posé certaines difficultés liées à leur connaissance (pour les besoins de leur application), difficultés que les colonisateurs ou les États devenus indépendants ont essayé de surmonter par le recours à des assesseurs dépositaires de la tradition (cette formule permettant de conserver l'oralité et la nature coutumière des droits) ou par leur consécration dans des textes écrits (formule entraînant la disparition de l'oralité des droits voire celle de la qualification de coutumes)* » (« Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n°2, 2005, p. 345, spéc. p. 353).

1546 *Idem* : G. S. ALEXANDER, « The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts », *Northwestern University Law Review*, 70, 1975, p. 602. Au contraire des juristes étrangers auxquels, comme le souligne Batiffol, « *on a posé des questions qui souvent n'avaient pas grand sens pour eux parce qu'elles étaient destinées au juge national et auxquelles ils ont donné des réponses fréquemment peu utilisables* » (H. BATIFFOL, « Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux »*, RCADI, 1967, vol. 120, n°3, p. 170),* les juristes comparatistes sont précisément sensibles aux questions de divergences de points de vue, de mise en perspective et mettent en œuvre des méthodes particulières permettant l'appréhension du droit étranger. Ces méthodes sont en effet caractérisées par la multidisciplinarité, tournées vers une vision dynamique du droit, inscrit dans une « tradition » ou une culture (analyse des « *soubassements culturels* » pour P. LEGRAND, « Comparer », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 2, 1996, p. 279, spéc. p. 281). Sur l'argument selon lequel le droit comparé constitue le seul moyen de se libérer de son milieu culturel, d'examiner le droit national avec un esprit critique : H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503. On citera à cet égard la méthode classique de L.-J. Constantinesco développée dans son *Traité de droit comparé :* il s'agit de recourir à la « *règle des trois C* » : connaître, comprendre et comparer (L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, vol. 2, *La Méthode comparative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 1974, spéc. p. 122 et s.).

Comp., en ce qui concerne les ordres juridiques « musulmans », N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET : « *[d]e nombreuses difficultés se posent en effet aux juges, liées à la vérification de l'authenticité des documents provenant de l'étranger ou à l'exactitude de leur traduction. L'insuffisance de la formation en droit international privé, de même que le manque de compétence linguistique*

sociologues ou d'anthropologues du droit[1547]. Cette solution n'est pas inconnue, comme le montre la consultation de spécialistes de droit comparé en Allemagne[1548]. Or, l'allongement de la durée et des coûts du procès en raison de cette consultation[1549] ne saurait qu'être multipliés lorsque sont en cause des normes non étatiques.

On mentionnera également le risque pour le juge saisi d'essentialiser la norme non étatique au regard de « *présupposés culturalistes* ». Même lorsque les juridictions sont « hybrides », comme c'est le cas en Nouvelle-Calédonie pour les juridictions civiles statuant en formation coutumière[1550], ce risque a pu être décrié. Notamment, la conception coutumière de la paternité retenue par ces juridictions, selon laquelle la paternité coutumière n'est en rien biologique, serait la manifestation d'une « *idéologie néo-coutumière rigide* » comportant le risque de ne pas prendre en compte les évolutions de la coutume[1551].

I- L'opération de qualification

415. L'approche bilatérale fonctionne par le biais de règles de conflit de lois dont la structure est celle d'une catégorie à laquelle répond un rattachement. Une fois la question de droit précisée (« *lien établi, sur le mode problématique, entre un ensemble de faits allégués et une prétention déterminée* »[1552]), celle-ci est rattachée à une des différentes catégories des règles de conflit, en fonction des vues et conceptions

---

jouent également un rôle et pourraient être compensés par la voie de la formation continue des juges. Il serait aussi primordial de rendre disponibles des informations précises et actualisées sur le droit de la famille des pays du sud de la Méditerranée, à la fois des traductions des textes de lois et des arrêts de principe de la jurisprudence, ainsi que des études académiques de ces textes. Les techniques modernes de l'information, et notamment Internet, pourraient être utilisés pour rendre ces textes plus accessibles. Un observatoire du droit dans les pays du nord de l'Afrique pourrait être créé aux fins de documentation, numérisation et mise en ligne de toute l'information juridique utile. Il faudrait également encourager la coopération bilatérale et multiplier les programmes d'entraide spécifique entre pays du nord et du sud de la Méditerranée, éventuellement via l'Union européenne » (*Ordre public et droit musulman de la famille*, *op. cit.*, spéc. p. 23).

[1547] En aucun cas il ne semble judicieux d'imposer aux parties la preuve du contenu de la norme non étatique, même s'il s'agit de la solution la plus « pratique » (M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Cross-border Family Cases and Religious Diversity : What Can Judges Do ? », *in* P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe, *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 143, spéc. p. 160 et s.).

[1548] Dont l'institut Max-Planck de droit international privé et droit comparé de Hambourg. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Foreign Law in National Courts : A Comparative Perspective », *RCADI*, vol. 181, 2003, p. 181, spéc. p. 272 et s, 289 et s. ; A. HELDRICH, « Heimwärtsstreben auf neuen Wegen — Zur Anwendung der lex fori bei Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts », *in* A. Heldrich *et alii, Konflikt und Ordnung : Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag,* Munich, Beck, 1978*,* p. 213.

[1549] M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *ibid*., p. 291. Il s'agit également, pour le droit anglais, d'un argument en faveur du *forum non conveniens* : « *[i]f, for example, difficult questions of foreign law are involved, the additional cost and dalay associated with taking expert evidence may ensure that proceedings in England are significantly lesss efficient than proceedings in the relevant foreign court* » (R. FENTIMAN, « Forum non conveniens », *in* J. Basedow, G. Ruehl, F. Ferrari, P. De Miguel Asensio (dir.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publ., 2017, p. 797, spéc. p. 801).

[1550] V. *supra* n°180 sur le phénomène d'hybridation.

[1551] B. TREPIED, « Le sang, le nom, la coutume. Controverses judiciaires sur la paternité kanak en Nouvelle-Calédonie », *Ethnologie française*, vol. 48, n°1, 2018, p. 57, spéc. p. 65 et s. : « *[à] mon sens, faute de prendre en compte ces remarques élémentaires de prudence méthodologique, les juges coutumiers sont en pleine reconstruction fictive en matière de paternité kanak. Mais à la différence des autres acteurs du débat public, leurs présupposés culturalistes ont force de loi. Lorsqu'ils affirment que « dans la société kanak, la paternité n'est en rien biologique », ils ne font pas qu'énoncer une opinion – dont j'ai tenté de montrer ici l'inadéquation à la réalité. Ils tranchent aussi « dans le vif » des conflits réels qui touchent à l'intimité des justiciables, selon une idéologie néo coutumière rigide qui exclut radicalement toute autre conception de la paternité qui pourrait émerger du vécu quotidien kanak au sein d'une société calédonienne contemporaine elle-même en pleine mutation* ».

[1552] B. ANCEL retient l'expression « *projet des parties* » (v. *infra* n°426).

du for[1553]. Comme le souligne H. Muir Watt, les catégories « *constituent en quelque sorte les vannes qui s'ouvrent sur l'altérité. […] Cette soigneuse classification […] est destinée à permettre une médiation entre le droit du for et les éléments étrangers accueillis* »[1554]. Cette technique a pour avantage de protéger l'ordre social du for en assimilant l'altérité[1555].

L'opération de qualification fait l'objet de réflexions et critiques sérieuses de la part de la doctrine ; participant à la création de situations boiteuses, elle serait utilisée par le juge afin d'aboutir à la *lex fori* ou pour écarter l'application d'une loi étrangère jugée inadéquate[1556].

Elle s'opère de façon plus précise par un exercice de subsumption ou de qualification *stricto sensu*, selon la distinction de B. Ancel : alors que la première concerne les cas les plus communs et consiste en un constat de correspondance entre les caractéristiques de l'espèce et les « *éléments discriminants articulés par la catégorie* », « *la qualification* stricto sensu *raisonne pour sa part sur le plan de la compréhension de la catégorie, supposant que la combinaison qui forme cette dernière n'est pas fortuite […]. Si maintenant la règle doit s'ouvrir à des cas inédits ou étrangers qu'elle n'avait pas initialement imaginés, elle ne le pourra qu'en se libérant d'abord d'une forme impropre à accueillir cette matière nouvelle et en évaluant ensuite cette dernière au regard de la corrélation entre la catégorie qu'elle met en œuvre et la sanction qu'elle prescrit. L'issue, c'est-à-dire, à proprement parler, la qualification de l'espèce rebelle, dépendra ainsi de la signification de la règle, laquelle est ainsi l'objet d'une interprétation appliquée et concrète* »[1557].

Il est parfois déduit de l'opération de qualification l'exigence d'une équivalence fonctionnelle entre les différentes « institutions », du for et étrangère. Adopter une telle condition ne permet pas de penser la coordination avec les ordres non étatiques, qui peuvent ne connaitre aucun équivalent fonctionnel susceptible de faire jouer la méthode conflictuelle (A).

Mais cette conception repose en réalité sur une compréhension insatisfaisante de l'objet de la qualification. Comme B. Ancel l'a précisément montré, la qualification « principale »[1558], pour l'approche bilatéraliste, n'a pas pour objet la norme ou l'institution étrangère, mais le projet des parties. Une telle approche, qui est celle aujourd'hui majoritairement retenue, permet *a priori* plus aisément de penser la coordination avec la norme non étatique (B).

1553 Civ. 1, 22 juin 1955, *Caraslanis, RCDIP*, 1955, p. 723, note H. BATIFFOL ; *GADIP*, n°27.

1554 H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°171, p. 183.

1555 Les incidences du droit international privé sur la politique migratoire ont notamment été mises en lumière par N. ROULAND : « *la jurisprudence joue un rôle déterminant, mais aussi le droit international privé, dans la mesure où depuis longtemps, grâce aux théories de qualification, elle permet d'incorporer dans les catégories juridiques françaises des institutions étrangères, notamment dans le droit familial* » (« La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et société*, n°27, 1994, p. 385, spéc. p. 409). « *C'est cette exigence d'assimilation et de cohérence que l'unilatéralisme méconnait en restreignant l'intérêt de l'ordre du for aux seuls aspects de la situation qui ressortissent à ses dispositions substantielles* » (B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Bibliothèque de droit privé, 1977, n°160, p. 166). Pour les avantages de cette assimilation : B. ANCEL, « Qualification », *Répertoire de droit international*, Dalloz, actualisation de 2009, n°46.

1556 B. CURRIE, « Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws », *Duke Law Journal*, 1959, p. 171, spéc. p. 175.

1557 B. ANCEL, « Qualification », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2009, n°9. Nous soulignons.

1558 La distinction entre qualification « primaire » et « secondaire » ou « en sous-ordre » est de Bartin (E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Qualification en droit international privé », *JurisClasseur Droit international* (Fasc. 531), 2023, n°31). V. *infra* n°428.

Le problème ressurgit en réalité sur le terrain de l'application de la *lex causae* et de la qualification en sous-ordre[1559]. Elle se heurte à une difficulté de taille, celle de l'absence d'équivalence fonctionnelle entre les organes du for et les organes non étatiques, lorsque l'ordre non étatique ne connait pas de distinction entre droit matériel et droit procédural (C).

A- L'impossible équivalence des « institutions » (à la recherche d'un universel)

416. B. Ancel souligne avec clarté que, pour une partie de la doctrine[1560], le statut donné à la situation, par application de la norme étrangère et afin de réussir son insertion dans la vie juridique française, doit nécessairement connaitre une équivalence avec le statut du for qu'il « remplace » :

« *[d]ans la mesure où la situation étrangère s'appuie d'abord, ne serait-ce que par un de ses éléments, à d'autres situations qui lui préexistent par l'effet d'une application antérieure du droit interne du for, puis est appelée à participer peu ou prou, à la génération, sur la base de ce même droit interne, de situations nouvelles, il faut qu'elle occupe dans la trame de la vie juridique interne une position définie, qu'elle y ait un statut. Faute d'un tel statut qui lui permette de s'insérer comme un maillon dans l'enchainement des relations internes, de relier entre elles les institutions du for, elle provoquerait une solution de discontinuité, elle apparaîtrait comme un point d'arrêt. Or, il est clair qu'un tel statut, pour assumer efficacement son rôle de colligation des situations internes, doit être en équivalence avec l'institution du for à laquelle, en raison des circonstances d'extranéité, il est substitué. […] Il y va de la cohérence de l'ordre du for d'en déduire que cette institution assimilée, au-delà de ses effets propres et différenciés, occupe la même position et emporte les mêmes conséquences que l'institution nationale quant au fonctionnement de l'ensemble des autres institutions nationales* »[1561].

Les difficultés liées au défaut d'équivalence se manifestent lorsque sont impliquées des données normatives étrangères dans la formulation de la question de droit, qui n'a alors de sens qu'au regard d'une donnée étrangère et que « *l'institution étrangère invoquée est insusceptible d'être rapportée, que ce soit positivement ou négativement, à une institution française* »[1562]. L'auteur cite à titre d'exemple l'union polygamique (« *la référence n'est pas à proprement parler le mariage du code civil, mais bien un schéma désincarné, formel, quasi algébrique de l'union des sexes qui ne trouve de valeur du point de vue du conflit de lois que, de manière inductive, dans son rapport au rattachement personnel que pratique le droit international privé français en matière de mariage* »[1563]) et le *trust*[1564].

[1559] Les auteurs sont partagés sur le fait de considérer qu'il s'agit d'une même problématique de la qualification ou d'une problématique lui étant distincte. V. par exemple E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *ibid.*, n°175 : « *la qualification peut également poser des difficultés postérieurement à la détermination de la loi applicable car la catégorie retenue pour le choix de la règle de conflit ne préjuge pas systématiquement de celle qui le sera pour l'application du droit matériel* ».

[1560] L'identité entre le statut donné à la situation et la loi étrangère elle-même répond à l'influence de la doctrine concevant le droit international privé comme un *Grenzrecht*. Pour celle-ci, ce sont les règles de droit qui sont qualifiées, et non la question de droit ou la situation de fait.

[1561] B. ANCEL, *Les conflits de qualifications…, op. cit.*, n°160, p. 165.

[1562] B. ANCEL, « Qualification », *op. cit.*, n°44. L'auteur distingue en réalité deux autres cas (n°42) : la situation qui « *comporte des éléments indiscutablement soumis à une loi étrangère qui leur confère des caractéristiques inconnues du droit du for* » mais dont il est possible, en interrogeant la loi invoquée, de procéder sans encombre à une qualification au regard des catégories du for (TGI Seine, 12 janv. 1966, *RCDIP* 1967, p. 120, note Y. LOUSSOUARN, *JCP* 1967. II. 15266, note J.-M. BISCHOFF) ainsi que la situation qui est l'objet d'une solution prohibitive en droit interne.

[1563] *Ibid*, n°44. L'auteur se réfère plus précisément à : B. ANCEL, « Le statut de la femme du polygame », *in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales,* colloque LERADP, LGDJ, 1993, p. 105, spéc. 113 et s.

[1564] V. également, à ce propos, les analyses d'Y. LEQUETTE : « *[e]t de fait, le trust peut être utilisé aussi bien pour assurer la protection des intérêts pécuniaires des incapables, pour surmonter l'absence de connaissances nécessaires à la gestion d'un patrimoine de la part de son titulaire, pour gérer les intérêts des époux et notamment le sort du domicile conjugal en cas de rupture du lien matrimonial, pour*

417. Le défaut d'équivalence des institutions provoque des difficultés méthodologiques maintes fois mises en lumière ; l'élargissement des catégories peut entrainer au stade de la mise en œuvre de la norme matérielle des incompatibilités et difficultés. Les effets de la situation litigieuse peuvent se voir altérés par l'intervention de l'ordre public international[1565], par « *l'application d'une loi propre à laquelle d'ailleurs il faudra parfois faire subir une adaptation* »[1566], par refus d'application « *pour défaut d'équivalence avec l'hypothèse que la loi applicable pose en condition de leur obtention* »[1567].

Or, précisément lorsque sont en jeu des normes non étatiques, le risque de défaut d'équivalence n'est que davantage caractérisé. En effet, l'appréciation de l'équivalence suppose l'existence de fonctions similaires poursuivies par les normes, d'un certain universel (1), qui est plus difficile à caractériser lorsque la norme étrangère provient d'une tradition différente de celle de l'ordre juridique français. L'absence d'adoption du modèle politique étatique a une influence majeure sur cette tradition (2).

1) La nature fonctionnelle de l'équivalence

418. L'équivalence est traditionnellement comprise de manière souple, sur le terrain fonctionnel : la norme étrangère devrait connaitre la même fonction que la norme du for (par exemple créer un lien de forte solidarité entre certains enfants vis-à-vis de certains adultes). Une telle approche, qui permet de dépasser l'attention portée à la structure « formelle »[1568] du droit étranger, est prometteuse dans son aptitude à s'ouvrir à l'altérité. Comme le souligne Batiffol, à emprunter « *cette voie il n'y a pas d'institution étrangère qui puisse échapper à nos cadres parce que ceux-ci, répondant à des problèmes universels, ont un caractère universel* » ; « *[l]a considération du but poursuivi permet seule de pénétrer l'intelligibilité d'un impératif, donc, au fond sa structure essentielle, comme elle permet seule, dans la majorité des cas, de porter un jugement de valeur sur cet impératif ; celui-ci vaut dans la mesure où il atteint effectivement le but qu'il se propose, et un but digne d'être recherché* »[1569].

Rappelons tout d'abord, de manière générale, qu'une compréhension fonctionnaliste d'une institution, soit du rôle qu'elle joue dans le système global, n'est qu'une dimension de celle-ci. Une dimension par ailleurs problématique, puisque, comme le soulignent J. Lenoble et F. Ost, « *outre le postulat de correspondance des moyens aux fins, elle implique aussi une correspondance entre les caractères de*

---

régler les relations patrimoniales lors de la rupture d'un concubinage, que pour remplir les fonctions qui sont en France traditionnellement confiées aux fondations, voire aux personnes morales. C'est dire que les catégories juridiques susceptibles d'accueillir cette institution sont extraordinairement diverses si on l'envisage à la lumière de ses fonctions. Plus encore, la situation se complique du fait que le même trust peut avoir été constitué pour remplir plusieurs fonctions » (« Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, vol. 387, 2015, p. 9, spéc. n°87, p. 133 et s.).

1565 Civ. 1, 17 févr. 1982, *Baaziz*, *RCDIP* 1983, p. 275, note Y. LEQUETTE ; 6 juill. 1988, *RCDIP* 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE.

1566 B. ANCEL, « Qualification »*, op. cit.*, n°46. L'auteur se réfère à : Civ. 1, 3 janv. 1980, *Bendeddouche*, *RCDIP* 1980, p. 331, note H. BATIFFOL, *JDI* 1980, p. 327, note M. SIMON-DEPITRE, *D.* 1980. 549, 1re esp., note E. POISSON-DROCOURT, *GADIP,* no 61 ; 22 avr. 1986, *Riahi*, *RCDIP* 1987, p. 374, note P. COURBE.

1567 B. ANCEL, « Qualification »*, op. cit.*, n°46, citant pour exemple : CA Paris, 26 juin 1981, *Eckensberger*, *RCDIP* 1982, p. 537, note B. ANCEL ; Civ. 1, 15 févr. 1983, *RCDIP* 1983, p. 645, 2e espèce, note B. ANCEL.

1568 Ce terme est employé afin de faciliter la clarté du propos. En réalité, forme et substance sont intimement liées.

1569 H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°297, p. 341.

l'institution et les besoins et ressources réels de la société, ce qui implique que ceux-ci puissent être définis en toute certitude »[1570].

419. La recherche de l'universel est alors menée sur le terrain des besoins sociétaux. S'il peut être défendu que cet universel existe (sécurité, paix, reproduction sociales… notamment pour les communautés socioculturelles)[1571], la question est davantage de savoir à quel degré d'abstraction l'universel doit être caractérisé pour assurer le fonctionnement de la méthode. Ce degré d'abstraction doit permettre l'opération de qualification au regard des conceptions du for de son droit privé. Certes, les catégories, élaborées au regard du droit interne[1572], sont susceptibles d'extension afin d'embrasser diverses conceptions. Mais elles ne le sont pas sans limite, au risque de remettre en cause le rattachement particulier retenu, pensé au regard de la catégorie, ainsi que la systématique générale des différentes règles bilatérales.

Certains auteurs exigent ainsi que l'ordre normatif étranger connaisse *a minima* les « *quatre piliers de l'ordre civil* »[1573] : le statut personnel, le statut réel, le contrat et la responsabilité civile.

Une telle approche exclut nombre de normes non étatiques : certaines communautés ne connaissent pas ces distinctions cardinales du droit français.

2) L'absence d'équivalence fonctionnelle avec les institutions non étatiques

420. L'équivalence fonctionnelle est particulièrement difficile à retenir lorsqu'il est question de se coordonner avec des normes non étatiques. Après l'exposé d'une série d'exemples (a), une tentative d'explication sera formulée (b).

a) Exemples

421. Force est de constater que certaines communautés non étatiques poursuivent, dans le domaine considéré par l'ordre juridique français comme du droit privé, des fins qui sont inconnues du droit français ou que celui-ci relègue traditionnellement comme hors de son domaine (en renvoyant à la religion, aux mœurs…). Les trois exemples suivants illustrent le fait qu'à différentes échelles d'analyse (au-delà des catégories, entre les catégories comprises au sens le plus large et entre celles, plus restreintes, appartenant toutes à la matière familiale), l'équivalence des fonctions est difficile à caractériser.

Prenons en premier lieu l'exemple du rapport à la terre dans les sociétés océaniennes. Comme le souligne le tribunal de première instance de Nouméa au sujet de la coutume néo-calédonienne[1574],

---

1570 J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980. La perspective fonctionnalisme évince notamment celle symbolique de l'institution (v. la citation de C. Castoriadis par les auteurs p. 188, note 56 : la « *logique du symbolisme social ne s'identifie pas avec une logique pure, ni même avec la logique du discours lucide* »).

1571 V. déjà *supra* n°128.

1572 De cette opération de qualification *lege fori* peut découler la création de situations boiteuses (H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°172, p. 185 : « *[…] le passage par la porte parfois étroite des catégories du for se fait, s'il le faut, au prix du refus de reconnaissance du résultat par l'ordre juridique d'origine, jetant le discrédit sur la volonté coordinatrice affichée. Le mariage civil des époux Caraslanis, déclaré valable en France, sera néanmoins nul en Grèce* »).

1573 Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit.*, spéc. n°142, p. 229.

1574 L'exemple concerne certes le pluralisme interne à l'ordre juridique français ; cependant la norme néo-calédonienne est représentative des normes des communautés océaniennes (Ch. EBERHARD, E. LE ROY, « Visions du monde, théorie des pouvoirs et représentations du droit », *in* E. Rude-Antoine, G. Chrétien-Vernicois (sous la coordination de), *Anthropologies et droits*, Paris, Dalloz, 2009, p. 107, spéc. p. 138 et s.).

le rapport à la terre ne s'analyse pas comme un droit réel mais est plutôt fondé sur ce que l'ordre juridique français pourrait concevoir comme un rapport fiduciaire[1575] ; « *on est investi gardien des terres dans l'intérêt d'un clan ou d'une famille* »[1576]. Le rapport à la terre peut cependant également être envisagé comme un droit personnel[1577] : l'homme appartient à la terre[1578], ce qui fonde son appartenance au clan, à la mémoire du clan, à son honneur. Le rapport à la terre est un rapport sacré alors que dans le monde occidental, la terre est un bien juridique[1579], susceptible d'appropriation. La dichotomie entre biens et personnes ne peut être caractérisée à l'étranger, rendant la découverte d'un équivalent difficile.

Cette difficulté se retrouve lorsqu'on considère la réception d'institutions particulières, que ce soit le cas du *mahr*, qualifié dans un arrêt de la Cour de cassation française rendu en 1978 de « coutume islamique »[1580], ou de la *kafala*[1581].

Le *mahr* est traité par les tribunaux occidentaux comme appartenant tantôt au droit des contrats, tantôt au droit de la famille (donation, condition de fond du mariage, régime matrimonial[1582]). Comme le souligne P. Fournier dans le cadre d'une étude de droit comparé, « *le* mahr*, une fois « transplanté » du droit islamique de la famille à un tribunal occidental, ne retrouve jamais sa signification originelle : il fait dès lors partie intégrante du tissu social, politique, historique et juridique du pays d'accueil, et s'y épanouit (ou s'y étiole) de mille et une façons inattendues* ».

Défini comme « *le don que le marié doit offrir à la mariée lors de la conclusion du contrat de mariage et qui devient la propriété de l'épouse* »[1583], et selon les termes de P. Fournier, « *le* mahr *est le plus souvent divisé en deux parties : la somme versée au moment du mariage, appelée «* mahr *initial » (*muajjal*), et la somme payée uniquement en cas de dissolution du mariage par décès ou par divorce, appelée «* mahr *reporté » (*muwajjal*) »*[1584]. Cette dernière partie du *mahr* a pu donner lieu à des litiges devant les juridictions occidentales, une

---

1575 TPI Nouméa, section détachée de Lifou, 25 juillet 2012, RG n°10/80.

1576 R. LAFARGUE, « Le contentieux classique de la terre. Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 101, spéc. p. 131.

1577 « [U]n homme sans terre n'est rien, et n'a tout simplement pas d'existence, en ce que la terre est pour le kanak la mère : celle qui nourrit l'homme, lui donne la vie et pour finir le lieu où il se fondra dans la mort » (CA Nouméa, 11 octobre 2012, RGN°2011/425, citée par E. CORNUT, « Chronique d'actualité judiciaire », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2012, p. 87).

1578 « *La terre n'est pas un capital qui est objectif et qui a une distance par rapport au groupe humain, à l'homme. Dans le monde moderne, je peux prendre le terrain, vous le donner, vous le vendre ; vous le prenez, le donnez à un autre ; moi je viens, je loue le terrain à un tel et le mets en valeur. Là c'est plutôt le sens traditionnel de la propriété-patrimoine : la terre, c'est la terre où sont les ancêtres. C'est la terre qui enracine la généalogie* » (J.-M. TJIBAOU, « Être Mélanésien aujourd'hui », *Revue Esprit*, n°57, septembre 1981, p. 81, spéc. p. 89).

1579 V. B. GRAND, « Le statut de la terre en Nouvelle Calédonie. Analyse d'une réponse juridique à un problème interculturel au travers du prisme de la théorie économique standard », *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme et Entreprise*, 2018/3 (n°32, vol. 7), p. 85, spéc. n°17.

1580 Civ. 1, 4 avril 1978, 1978-000137 (*JDI* 1979, p. 353, note Y. LEQUETTE). En vertu des règles du droit international privé, la Cour a conclu que le *mahr* était partie intégrante du contrat de mariage musulman et que son exécution forcée ne contrevenait pas à l'ordre public français.

1581 Pour une définition, v. *infra* n°288 (note de bas de page).

1582 V. pour des précisions sur l'ensemble des qualifications envisageables : E. RUDE-ANTOINE, « Le droit international privé et les migrations maghrébines », *in* E. Rude-Antoine, *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, p. 111, spéc. p. 125 et s.

1583 O. SPIES, v°Mahr, *in* C. Bosworth *et al.* (éd.), *The Encyclopaedia of Islam. New Edition*, vol. 6, Leiden, Brill, 1991, p. 78 (traduction libre).

1584 P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, *op. cit.*, p. 22.

fois le mariage dissous, lorsque l'époux refuse de payer celle-ci. La question est alors de savoir dans quelle catégorie au sens conflictuel il convient d'intégrer la réclamation de l'exécution de cette obligation religieuse.

Le *mahr* reporté a pu être compris par la jurisprudence française comme l'engagement du mari de verser une somme d'argent à son ex-épouse suite à la dissolution du mariage. En effet, en 1976, la cour d'appel de Douai juge que le contrat de mariage exigeant l'existence d'un *mahr* comme condition de formation du mariage est contraire à l'ordre public international français, puisque le mariage serait alors réduit à une transaction financière[1585]. Réduit à cet engagement, le *mahr* est dénué de caractère religieux, détaché du domaine personnel et, une fois détaché de son contexte culturel, mène à des résultats concrets divergents de la manière dont il est conçu à l'étranger[1586]. Ainsi, il peut être considéré comme automatiquement dû quelles que soient les circonstances de la dissolution du mariage, alors même que, selon P. Fournier, « *l'effet premier du mahr reporté* » est de « *délimiter dans l'ombre du droit une structure de négociation qui fasse naître une dette uniquement dans des formes de divorce culturellement et traditionnellement reconnues ou en cas de décès* »[1587]. La fonction du *mahr* reporté ainsi définie trouve difficilement d'équivalent dans l'ordre juridique français. A la différence de la prestation compensatoire, de laquelle il se rapproche toutefois, le *mahr* reporté se comprend au regard du *talaq* et a pour effet de limiter un exercice abusif de celui-ci. La femme peut y renoncer ; dans le cas d'un divorce demandé par l'épouse avec le consentement du mari, le *mahr* reporté n'est pas dû[1588]. La jurisprudence fait logiquement varier les qualifications en fonction de la configuration particulière de l'espèce[1589].

A la même difficulté se heurte la *kafala* : sa qualification comme adoption a pu être refusée, dans la mesure où cette institution ne crée pas de lien de filiation entre *kafil* et *makfoul*[1590]. Mais celle de tutelle, ou de délégation d'autorité parentale, ne sont pas davantage entièrement satisfaisantes au regard du droit étranger (notamment, pour cette dernière qualification, en raison des faibles prérogatives données au délégataire)[1591]. En réalité, cette institution ne se comprend qu'au regard des particularités des ordres normatifs d'inspiration religieuse musulmane. Trouver un équivalent dans l'ordre juridique français, malgré son existence à un haut degré d'abstraction (création d'un

---

1585 CA Douai, 8 janvier 1976, n°76-11-613.

1586 Il est possible à cet égard de se référer à la décision canadienne présentée par P. FOURNIER (*Nathoo v. Nathoo* (1996) BCJ No 2720 (SC), *op. cit.*, p. 112 et s.). Il s'agissait en l'espèce d'un litige relatif au partage des biens après divorce entre époux de confession musulmane suivant les traditions de la communauté ismaélienne. La Cour a exigé que le mari effectue deux paiements, l'un au titre du partage des biens matrimoniaux et l'autre au titre du *mahr*. Une application stricte des normes islamiques aurait exigé que l'ex-épouse reçoive le paiement du *mahr* et une pension alimentaire pour la période de *'idda* (période de trois mois suit la dissolution du mariage et est notamment pertinente pour le devoir d'entretien du mari ainsi que pour les questions de paternité). Or en l'espèce, l'exécution du *mahr* a été ordonnée en plus du partage des biens dans le cadre du régime légal puisqu'il a été interprété comme une convention matrimoniale (*marriage agreement*) au sens de l'ancien article 48 du *Family Relations Act*. Cette solution est bien étrangère à la norme islamique et peut déjouer les prévisions des parties : peut-on affirmer que l'époux avait consenti à une telle « application » du *mahr* ? Comment cette solution sera-t-elle reçue par les ordres normatifs religieux ?

1587 P. FOURNIER, *ibid.*, p. 175.

1588 *Ibid.*, p. 51 et s.

1589 V. pour ce constat, P. FOURNIER, *ibid.*

1590 V. not. : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, Tome II, n°774, p. 210 et s.; Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, n°43631/09, P. HAMMJE, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.*, 2012, p. 2947.

1591 V. sur le sujet pour davantage de précisions : L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013, p. 235, spéc. n°289, p. 447.

lien non biologique entre des adultes et des enfants), n'apparait pas évident pour répondre aux besoins de la méthode bilatérale.

b) Explication théorique

422. Les normes non étatiques répondent certes, à un niveau d'abstraction élevé, aux mêmes fonctions que les normes étatiques : paix, sécurité, cohésion et contrôle sociaux ; limitation des sphères de chacun dans les domaines que chaque société considère comme vitaux[1592]. Mais une fois cette première équivalence acquise, les fonctions, plus précisément définies pour les besoins du droit international privé, peuvent diverger. Il suffit à cet égard de mentionner comme fonctions la création d'espaces de négociation ou le respect d'exigences d'ordre spirituel ou mythique (pour les sociétés océaniennes, la terre est inaliénable car considérée comme source de vie[1593], les normes ont pour fonction d'assurer le respect de cette entité).

Les fonctions des différentes institutions ne dépendent en effet pas uniquement de besoins sociaux universels. Elles dépendent étroitement d'une vision du monde, d'une culture particulière, située. C'est bien le récit que les communautés tiennent sur le monde[1594], ou à plus petite échelle sur la famille (famille nucléaire ou étendue, couple monogame ou polygame, hétérosexuel ou non…) qui dicte les fonctions des différentes normes considérées par le for comme susceptible d'une coordination sur le terrain du droit international privé en matière personnelle et familiale (adoption, *kafala*, *mahr*[1595]…). Or, cette culture peut varier de manière importante, notamment (mais pas

---

[1592] « *Le mythe de l'existence du droit cache celle du phénomène juridique qui, lui, se retrouve dans toutes les sociétés. Sa généralité vient de ce qu'il est dans la nature de l'homme et de la société. Être, c'est lutter, individuellement ou collectivement. Mais nul ne peut lutter sur une marche de son domaine que s'il est assuré de la paix sur toutes ses autres frontières. Et la lutte de ses membres n'est pas sans danger pour le groupe. Dans les domaines qu'une société considère comme vitaux - et là-dessus chacune a sa propre conception - son existence n'est possible que si ses membres contrôlent, quand ils le peuvent, ces luttes ou du moins les pratiques qui en résultent. Vivre en société, ce n'est donc pas seulement lutter, c'est aussi s'entendre sur la légitimité ou l'illégitimité de ces pratiques et sur la suite qu'il convient de leur donner. [...] Le droit d'une société s'ordonne ainsi autour des limites des sphères d'action de chacun dans les domaines qu'elle tient pour vitaux : il est à la fois consensus sur ces limites et pratiques visant ou aboutissant à les confirmer ou à les déplacer. Ainsi défini le droit n'est lié par nature ni à l'existence d'un Etat, ni à la formulation de règles, ni à la reconnaissance de sa rationalité* » (M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *1953-1989 Recueil d'articles, contributions à des colloques, textes du Recteur Michel Alliot*, Paris, Laboratoire d'Anthropologie Juridique de Paris, 1983, p. 283 et s. Nous soulignons). Bien que « *[d]ans les cinq parties du monde [..] les hommes se marient, possèdent des biens, échangent des services, meurent* » (H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, T. I, 8ème éd., 1993, n°297, p. 488, v. déjà *supra* n°127), il apparait raisonnable de considérer avec M. Eliade que le seul universel de toute société humaine soit la présence au monde, soit le sacré (M. ELIADE, *La nostalgie des origines*, Paris, Gallimard, 1971, p. 30 et s. ; R. DEBRAY, *Le moment fraternité*, Paris, Gallimard, 2009).

[1593] R. LAFARGUE, *La coutume face à son destin - Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, 2010, p. 209 et s. l'auteur cite J.-M. Tjibaou : « *[n]ous ne sommes pas des hommes d'ailleurs. Nous sommes des hommes sortis de cette terre* ».

[1594] Comme l'illustre le militant amérindien A. Krenak : « *dans notre peuple Krenak, l'égalité préexiste à l'existence des personnes. Avant la naissance de l'enfant, la mère demande aux autres êtres vivants d'accepter cette vie qui arrive, de l'inviter dans le monde. Selon les affinités de sa famille, elle fera des prières et des offrandes au feu, aux oiseaux, à la forêt… L'enfant va donc arriver non pas comme un éclair qui tombe du ciel, mais de façon horizontale, à égalité avec les autres êtres vivants. Il fait déjà partie de cette vaste humanité plurielle qui inclut les poissons, le vent ou la rivière. Puisque l'existence des autres êtres est égale à la mienne, la notion de propriété n'est pas concevable. Il serait immoral de vouloir posséder des êtres vivants, alors que ce sont eux qui m'ont invité dans le monde* » (Propos d'A. Krenak recueillis par H. SEINGIER, « L'égalité », *Le 1*, n°306, 22/07/2020. Les Krenaks font partie d'un peuple amérindien autrefois semi-nomade dont il ne subsiste que 130 familles installées à l'est du Brésil).

[1595] S. SARDAR ALI, « The Paradox of Rights through the Lens of Muslim Women's Rights in Family Law », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 89, spéc. p. 91 : « *[a]mong Pukhtun communities that I come from,* mahr *as belonging to the woman was introduced by Islam ; in customary practices it was known as "bride price" and paid to the family of the bride. A higher bride price meant a higher value placed on the bride and a mark of respect for the bride and her family. The story goes that in a far away valley among a Pukhtun community, a marriage was*

uniquement) entre les communautés non étatiques et celles qui conçoivent la communauté sous les termes de l'Etat-Nation.

Au moins deux types de fonctions peuvent sensiblement différer.

423. Des fonctions différentes selon l'archétype dominant (représentation du monde social, de l'imaginaire ; M. Alliot). Premièrement, certaines normes de certaines communautés non étatiques ont pour but de résoudre autrement le problème de cohésion sociale que les communautés fonctionnant selon l'archétype[1596] de soumission, au sens dégagé par M. Alliot (à cet archétype répondent les Etats-Nations, et non l'ensemble des Etats). Selon la typologie de l'auteur, les sociétés répondant à cet archétype s'en remettent à une autorité supérieure (en raison de la croyance islamique et judéo-chrétienne selon laquelle l'univers est l'œuvre d'un créateur qui, par la parole, tira l'existence du néant)[1597], et accordent une importance déterminante aux institutions (soit bien souvent à l'Etat[1598], mais aussi aux autorités religieuses[1599])[1600]. Les normes, perçues comme les produits d'une autorité unique (Etat, Dieu), n'ont pas fondamentalement à composer avec la recherche d'un équilibre entre plusieurs acteurs et normes et ne répondent donc pas à cette fonction.

---

being solemnised. As male elders of the bride and groom gathered for the ceremony, the bride's father and other male relatives decided that they would keep the bride price to a bare minimum as a gesture of goodwill. After the ceremony and on their way to the groom's village, the wedding party was caught in strong currents of an overflowing mountain stream. Everyone scrambled for their lives and safety towards land and, in doing so, drop the bridal palanquin in mid-stream where she was left screaming for help. When no one came to her rescue she said angrily: "what sort of people are you? You don't even care for the bride ?" To which came the reply : "You didn't coast us much anyway; we will first safe ourselves and then come to your rescue!" Upon being finally rescued, the bride demanded that she be taken back to her natal home where, upon her insistence, the bride price was renegociated and a very high sum agreed. This time, the wedding party took great care that she was well looked after during the journey and beyond. The moral of the story, so the tale goes, is that monetary value placed on the bride became indicative of her position in her new home and family, despite the fact that it was male relatives of her natal family and sometimes the family itself who benefited from bride price. That the bride took a concerted view that a high bride price was empowering for her may be interpreted as an act of relational autonomy but also a paradox ».

[1596] Les archétypes ne sont pas l'unique facteur venant expliquer les grandes différences entre les différentes conceptions du droit. L'auteur insiste également sur les différences de « logique ». V. M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de liaison du LAJP*, 1983, n°6, p. 83 et s.

[1597] « *Les sociétés étatiques ne sont que des cas particuliers parmi bien d'autres et, contrairement à une idée couramment reçue, la constitution d'un État n'entraîne pas automatiquement la réorganisation du droit. La césure, s'il doit y en avoir une, sépare les sociétés dont les membres se prennent totalement en charge et résolvent les problèmes de leur existence et de leur coexistence sans recours à une autorité supérieure et celles dont les membres recourent à une telle autorité. Dans les premières, les limites des sphères d'action individuelles résultent de l'accord implicite ou explicite de tous, les membres des secondes en abandonnent au contraire le soin à un pouvoir supérieur dont ils acceptent l'autorité* » (M. ALLIOT, « Anthropologie et juristique. Sur les conditions d'élaboration d'une science du droit », *in Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie. Textes choisis et édités par Camille Kuyu*, Paris, Karthala, 2003, p. 283, spéc. p. 284 ; v. aussi Ch. EBERHARD, « Justice, Droits de l'Homme et globalisation dans le miroir africain : l'image communautaire », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, n°45, 2000, p. 57).

[1598] N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, 2ème éd., coll. Que sais-je ?, 1995, p. 70 : « *Dieu absent, l'Etat se donne pour but de créer un monde meilleur, et de transformer la société par le droit* ».

[1599] Comme le souligne justement E. FOREY, « *la conformité aux règles d'organisation du culte implique l'obéissance aux autorités de ce culte et non pas seulement la fidélité à la doctrine religieuse* » (*Etat et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, (dir. Claude Courvoisier), Presses universitaires de Strasbourg, 2007, p. 221). V. J. De Soto, cité par E. Forey (p. 221 et s.) : « *parmi toutes les circonstances de fait examinées et pesées par le Conseil d'État, il en est une qui emporte toujours sa conviction : l'attitude des autorités religieuses supérieures relativement au comportement des églises ; toutes les fois que ce comportement (ou celui d'un groupe de dissidents) est condamné par les autorités religieuses, le Conseil d'État finit par admettre qu'il y a violation par le groupe condamné des principes généraux du groupe* » (J. DE SOTO, note sous CE, 8 février 1952, *Ralison*, *Recueil Penant,* janvier 1953, p. 18).

[1600] M. ALLIOT, *op. cit.*, n°6, p. 83 et s. V. aussi : N. ROULAND, *op. cit.*.

En matière familiale, la nécessité pour les sociétés qui « *se prennent totalement en charge* »[1601] de composer avec la pluralité peut s'exprimer sous la forme de normes venant accorder un rôle particulier à certains groupes ou acteurs sociaux[1602]. Tel est le cas des communautés océaniennes, qui accordent aux clans un rôle clé dans le mariage ou sa dissolution[1603]. Plus concrètement, il a pu être décidé à l'occasion d'un litige entre époux soumis au statut coutumier néo-calédonien que la demande en divorce peut être refusée lorsque les clans auxquels appartiennent les époux se sont formellement opposés à cette dissolution[1604]. Cette fonction est inconnue des droits occidentaux, qui ne conçoivent pas d'intermédiaires entre l'Etat et l'individu[1605]. Les normes étatiques peuvent alors directement prendre en charge des fonctions à la fois plus spécifiques et résolument tournées vers l'individu (prise en compte du bien-être ou de l'épanouissement individuel[1606], qui peut notamment s'exprimer sous la forme de facilités de dissolution du lien matrimonial[1607]).

424. Des fonctions différentes selon la prise en charge ou non du sacré par les normes socioculturelles. Il s'agit là d'une forme particulière du paramètre précédent relatif aux archétypes. Concevoir la norme comme appartenant au domaine du sacré peut se traduire par son caractère par principe immuable, ou du moins par un fort attachement à la tradition. La norme est moins conçue comme un instrument aux mains du pouvoir politique et est davantage caractérisée par une forte continuité.

Les normes religieuses connaissent des fonctions qui sont inconnues, voire contre lesquelles certains ordres juridiques étatiques se sont construits : pour ces derniers, il ne s'agit pas de répondre au besoin de transcendance de l'individu (cette fonction a été reléguée hors du domaine juridique par certains ordres étatiques), se traduisant notamment par l'intervention de menaces de sanctions d'origine divine. Le caractère étranger de cette fonction a pu être perçu de manière si aiguë que l'application des normes religieuses par le juge occidental a pu être considérée comme « dénaturant » sa fonction[1608]. Plus concrètement, cette difficulté de prise en compte de la fonction religieuse s'exprime sur le terrain de la qualification par l'absence de catégorie adaptée : à considérer la nécessité d'intervention d'une autorité religieuse pour la constitution ou la dissolution du lien matrimonial, la jurisprudence française se retrouve devant la difficulté de qualifier cette intervention

---

[1601] M. ALLIOT, *op. cit.*, v. note *supra* n°423 (ce numéro).

[1602] Elle peut aussi s'exprimer sous la forme de normes qui ont vocation à ne constituer que des cadres d'appréciation dans la résolution du litige. V. S. ROBERTS à propos des Arushas du Nord de la Tanzanie. Dans cette ethnie, les règles sont perçues comme des cadres pour parvenir à un compromis, et s'articulent librement au cours du différend (*Order and Dispute, An Introduction to Legal Anthropology*, New York, St. Martin's Press, 1979, p. 130 et s.).

[1603] Ce qui a pour conséquence, sur le plan du pluralisme interne et de la coordination avec les normes coutumières en Nouvelle-Calédonie, la nécessité de tenir compte de leur fonction. V. CA Nouméa 22 août 2011, RG n° 10/00531 et RG n° 10/ 00532 : *« les clans kanak, en ce qu'ils sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, possèdent la personnalité juridique qui leur permet d'ester en justice »*. E. CORNUT, Chronique judiciaire, *RJPENC*, n°20, 2012/2, décembre 2012, p. 80, spéc. p. 85 et s. (à propos de CA Nouméa, 13 août 2012, n°RG 12/242, 27 août 2012, n°RG 12/242 et 11 oct. 2012 n°RG 2011/425) ; R. LAFARGUE, « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, no. 2, 2013, p. 119.

[1604] CA Nouméa, 11 décembre 2003, *Angexetine*, Juris-Data n°2003-247723 (V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, *op. cit.*, n°31, p. 100).

[1605] V. *supra* n°61 et s. pour l'Etat français.

[1606] D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité…, op. cit.*, n°548, p. 453.

[1607] V. par exemple la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel résultant de la loi du 18 novembre 2016 n°2016-1547.

[1608] V. *infra*, sur la jurisprudence allemande de la *wesensfremde Zuständigkeit* et notre critique, n°460 et s.

de condition de fond ou de forme (ou procédurale)[1609]. A considérer qu'il s'agit d'une condition de fond, ce qui est vraisemblablement plus respectueux de la loi étrangère, le for se retrouve dans l'hypothèse de devoir renvoyer les parties devant les instances religieuses, risquant le déni de justice. A considérer qu'il s'agit d'une condition de forme ou d'une condition procédurale, les intérêts des parties paraissent certes mieux sauvegardés (ouverture du mariage civil, absence de déni de justice), mais le caractère religieux est entièrement nié, heurtant le respect de l'autorité de la loi étrangère[1610].

B- La qualification comme opération située, complexe et susceptible de réflexivité (l'absence d'universel actée)

425. La recherche d'une équivalence fonctionnelle entre les institutions du for et étrangères repose sur la prémisse que l'objet de la qualification n'est pas les faits bruts, ou le projet des parties, mais la norme substantielle en tant que telle (1). Retenir l'idée que c'est le projet des parties qui est l'objet de la qualification permet de penser cette opération comme relative, voire, selon K. Knop, R. Michaels et A. Riles, « provisoire » (2). Une telle conception de l'opération de la qualification permet *a priori* d'éviter l'écueil de l'absence d'équivalence des institutions et de prévoir une certaine coordination avec les ordres non étatiques.

1) L'objet de la qualification est le projet des parties (B. Ancel)

426. La question de l'objet de la qualification a été minutieusement traitée par B. Ancel dans sa thèse. Dans une approche bilatéraliste, qu'on pourrait qualifier avec l'auteur de « régulatrice » (en ce sens que le conflit de lois n'est pas perçu comme un *Grenzenrecht*), plusieurs visions ont pu être défendues : il s'agit de qualifier des faits bruts (*Lebensverhältnisse*, rapports de vie dépourvus de toute « empreinte juridique »[1611]), des faits représentés au moyen de règles de droit (doctrine italienne, représentée entre autres par Ziccardi[1612]), ou, et telle est la position finale retenue par l'auteur, le projet des parties (pouvant se référer à une disposition substantielle, mais de manière uniquement descriptive[1613])[1614]. Tout en se contentant de renvoyer à l'argumentation de l'auteur, il convient de préciser que le projet « *se forme du lien qui […] unit [les éléments de « pur fait »], de l'articulation de l'objet de la prétention à l'objet de l'allégation. Ainsi il se détache des faits bruts pour se placer au niveau de la règle de droit : comme celle-ci, il procède d'une évaluation de la situation de fait, mais au contraire de celle-ci, il est l'œuvre d'un particulier* »[1615].

A retenir ce dernier objet de qualification[1616], il ne s'agit pas de mesurer les institutions du for et étrangère entre elles afin de valider ou non leur équivalence. Comme le montre Y. Lequette à propos du *mahr*, « *[l]orsque le projet formé est la nullité du mariage pour non-paiement de la dot, la catégorie « condition de fond » est retenue, ce qui déclenche l'application de la loi nationale des parties, éventuellement contraire*

1609 V. *infra* n°436 et s.
1610 Pour plus de détails, v. *infra* n°474 et s.
1611 E. RABEL, « Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p. 1.
1612 B. ANCEL, *Les conflits de qualifications…, op. cit.*, n°213 et s., p. 216 et s.
1613 *Ibid.*, n°225, p. 227 : « *La fonction descriptive s'accomplit grâce, d'une part, à l'identité de structure entre le modèle (la règle) sollicité et le projet et, d'autre part, grâce à la généralité du modèle par rapport au projet* ».
1614 B. ANCEL, *ibid.*, n°212 et s., p. 216 et s.
1615 B. ANCEL, *ibid.*, n°240, p. 239.
1616 Qui n'est pas à l'abri des critiques, notamment au regard de l'emploi du singulier : v. D. BODEN, *L'ordre public…, op. cit.*, n°498, p. 621.

à l'ordre public international français, en ce qu'elle retient une telle cause de nullité ; lorsque le projet est l'exécution de la dot, la classification « régime matrimonial » est préférée »[1617].

Certaines prétentions (quarte du conjoint pauvre[1618]) ou certains faits (prononciation du *talaq*) ne peuvent qu'être relevés et compris à la lumière d'une culture ou d'un ordre étranger[1619]. Mais cette étude de l'ordre étranger ne sert que la compréhension du projet des parties pour les besoins de la qualification *lege fori*. Il peut *a priori* apparaitre artificiel de détacher un acte ou un comportement de la qualification de la tradition juridique dans laquelle il s'insère[1620]. Or, hormis le cas précis où le litige est purement étranger, l'acte ou le comportement ne s'intègre pas naturellement dans un ordre normatif unique. Il apparait alors nécessaire de déterminer l'ordre normatif le plus adapté à la résolution du litige interindividuel.

2) La technique de l'avancée expérimentale (K. Knop, R. Michaels et A. Riles)

427. Puisque c'est le projet des parties qui est l'objet de la qualification *lege fori*, il n'est pas besoin de rechercher une équivalence fonctionnelle des institutions ; peu importe à ce stade les fonctions poursuivies par les normes étrangères *in fine* désignées et l'éventuel défaut d'équivalence (au risque de rencontrer des difficultés d'articulation des différentes normes ayant vocation à régir différents aspects d'un même litige et résolues par la substitution ou l'adaptation[1621]).

A se pencher sur l'arrêt *Caraslanis*, il ne s'agirait alors nullement de venir qualifier en premier lieu l'exigence d'une cérémonie religieuse au mariage, connue du droit grec : ce dernier n'est en effet nullement encore désigné et la qualification s'effectue au regard du projet des parties. On remarquera, au regard des faits de l'espèce, qu'il peut être difficile de déterminer un projet unique (l'épouse souhaite le divorce, l'époux l'annulation du mariage). Par ailleurs, plus la règle de conflit de lois est précise, plus la qualification est susceptible d'entraver la coordination : en raison du choix à effectuer entre conditions de fond et conditions de forme du mariage, la question de la qualification de l'exigence d'une cérémonie religieuse est posée *in abstracto*. Il ne s'agit pas

---

1617 Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1, 4 avril 1978, *Clunet*, 1979, p. 353.

1618 CA Alger, 2 décembre 1889, *Bartholo* ; *GADIP*, n°9.

1619 Il nous semble que c'est bien à ce stade qu'intervient ce que S. BRACHOTTE nomme – et appelle de ses vœux – le « *cultural reasoning* » du juge saisi (« The Limits of Arbitration Law in Addressing Cultural Diversity : The Example of Ismaili Arbitration in the United Kingdom », *Laws*, 2021, vol. 10 (n°2), p. 47), ou encore sous la plume de M. JÄNTERÄ-JAREBORG « *directing the litigation* » (« Cross-border Family Cases and Religious Diversity : What Can Judges Do ? », *in* P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe, *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 143, spéc. p. 161).

1620 M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Paris, Ed. Karthala, 1994, p. 37 : « *L'acte unilatéral de répudiation définitive par le mari, qui, en droit marocain, a pour effet de dissoudre de manière irrévocable le mariage entre les parties, se voit-il reconnaitre le même effet en Belgique ? Il s'agit là d'une situation de* fait *qui relève d'un cadre juridique et culturel inconnu du droit belge. Cet exemple fait apparaitre qu'un acte est intrinsèquement lié à sa qualification juridique propre. A vouloir dissocier un acte ou un comportement de la qualification que lui confère la tradition juridique dans laquelle il s'insère, le juriste s'enfermerait dans des contradictions insurmontables, oubliant que c'est un conflit de modes de penser et de civilisations juridiques qui affleure, au cas par cas* » (nous soulignons).

1621 B. ANCEL, « Qualification », *op. cit.*, n°46 : « *L'éventualité de ces difficultés indique assez que le choix de l'élargissement de la catégorie a son coût et que les incompatibilités qu'il dépasse au départ de la démarche conflictuelle, au stade de la qualification, ne se dissolvent pas d'elles-mêmes mais, au contraire, se retrouvent à l'arrivée, au stade de la mise en œuvre du droit matériel désigné. L'avantage propre de l'internationalisation et de la transgression qu'elle demande est que le rejet de l'institution exotique ne s'accomplit plus en bloc, in abstracto et a priori – comme si la situation à traiter n'existait pas, ce qui est contraire aux faits –, mais s'effectue au détail, à l'encontre des seuls éléments que le droit international privé du for ne parvient pas* in concreto *à assimiler. Déplacer les problèmes ne les résout pas toujours, mais peut parfois en atténuer la gravité. De la sorte, la règle de conflit assure sinon le complet épanouissement, du moins l'insertion au sein de l'ordre juridique du for de l'institution étrangère inconnue* ».

d'interroger le droit grec. Le fait que celui-ci considère au stade de son application qu'il s'agit d'une condition de fond n'est d'aucune pertinence (qualification *lege causae*).

428. Au stade de la qualification en sous-ordre[1622], il ne convient pas de revenir sur cette première qualification (hypothèse du conflit de qualifications). Alors qu'il est question d'interprétation de la règle de conflit de lois pour la qualification primaire, la qualification en sous-ordre se limite aux seules règles substantielles étrangères « *mises à contribution de façon en quelque sorte désincarnée et dans les termes définis par l'ordre juridique du for* »[1623]. Ainsi, peu importe que le droit grec, applicable pour les conditions du fond du mariage, considère que la cérémonie religieuse en soit une. La qualification en sous-ordre est donc fonctionnelle, s'effectue pour un règlement satisfaisant du litige au regard des intérêts privés, et s'opère au détriment de l'intégrité du droit étranger. A imaginer cependant, en modifiant la règle de conflit, que l'ensemble des conditions de validité du mariage soit soumis à la loi de la nationalité des parties, soit au droit grec, l'exigence d'une cérémonie religieuse aurait pu, en répondant à une qualification *lege causae*, être considérée comme une condition de fond de la validité du mariage (si tant est que cette qualification ait une incidence quelconque sur l'application du droit grec). Si la qualification *lege causae* est de principe au stade de l'application du droit matériel étranger, ce n'est que dans la mesure où elle ne remet pas en cause la première qualification, opérée *lege fori*.

Cette qualification de sous-ordre peut éventuellement être différente de la qualification initialement retenue *lege fori*, ce qui n'équivaut pas à une remise en cause de celle-ci, puisqu'elles sont effectuées à des stades différents et ne poursuivent pas le même objectif.

Une telle conception des opérations de qualification, aujourd'hui dominante, semble répondre à ce que les auteurs K. Knop, R. Michaels et A. Riles nomment la « *technique de l'avancée expérimentale* »[1624]. Il s'agit de reconnaitre que la qualification est située, qu'il n'y a pas d'essence à dévoiler dans l'acte ou l'institution étrangère. La qualification est réduite à une technique provisoire pour résoudre un conflit de valeurs, un « comme si » (comme si le litige était un litige familial ou bien contractuel…) ; « *il n'y a pas une seule "bonne réponse" à la problématique de la qualification* »[1625]. Une telle alternative revient à prévoir des mécanismes permettant, dans certains cas, de retenir une autre qualification que celle initialement retenue par le for.

429. Le caractère provisoire de la qualification appelle une interrogation : est-il fondé de prévoir, dans certaines hypothèses, une remise en cause de la qualification primaire *lege fori* ? On a en réalité du mal à déduire de ce caractère une autre conséquence que l'existence d'une qualification en sous-ordre selon la *lex causae* (celle-ci étant déterminée)[1626], et l'importance de la compréhension de

---

1622 « *[O]pération par laquelle on laisse le droit étranger désigné par la « règle de conflit bilatérale » placer l'objet de la qualification […] dans l'une de ses catégories* » (D. BODEN, *L'ordre public, op. cit.*, n°497, p. 621).

1623 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Tome I, n°397, p. 501.

1624 K. KNOP, R. MICHAELS et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », 64 *Stan. L. Rev.*, 2012, p. 589, spéc. p. 634 et s. Les auteurs parlent d'une « *reflexive orientation of conflict* ». La traduction est empruntée à H. MUIR WATT, « Discours sur les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n°382, p. 377.

1625 K. KNOP, R. MICHAELS et A. RILES, *op. cit.*, spéc. p. 635 et s. (traduction libre).

1626 L'hypothèse du conflit de qualifications, découvert par Bartin, est à juste titre à rejeter : la qualification est à effectuer *lege fori* car elle participe de l'interprétation de la règle de conflit du for.

l'ordre étranger et de sa culture normative dans la recherche de la teneur du droit étranger[1627]. L'hypothèse du renvoi de qualifications[1628] se révèle insatisfaisante : à reprendre l'arrêt *Caraslanis*, la qualification comme condition de forme de la cérémonie religieuse mène à la *lex fori* et ne peut donc mener à un renvoi. On pourrait éventuellement plus radicalement en déduire l'extension de méthodes d'inspiration unilatéraliste, permettant de déjouer le rôle premier de la qualification dans la détermination de la loi applicable[1629]. En aucun cas cependant il n'apparait possible de se passer d'une première qualification *lege fori*. Or, celle-ci peut se révéler fondamentalement insatisfaisante au regard de l'intégrité du droit étranger.

On a pu ainsi soutenir que la méthode bilatérale pouvait prévoir une coordination avec des ordres juridiques ayant des valeurs et normes très différentes de l'ordre juridique français, n'appartenant pas à la même « communauté de droit ». Si le défaut de communauté de droit n'empêche pas le jeu de la méthode bilatérale, c'est cependant au prix de difficultés techniques manifestes (substitution, adaptation[1630], création de nouvelles catégories, distorsion de la catégorie[1631], etc.). Plus encore, elle peut se heurter en présence de normes non étatiques à une difficulté insurmontable, se traduisant par l'absence d'adaptation possible du droit du for : les normes non étatiques prévoyant l'intervention d'autorités non étatiques prennent en charge des fonctions qui ne possèdent aucun équivalent dans l'ordre du for.

C- Le défaut d'équivalence fonctionnelle des organes du for et étranger à l'étape de l'application de la loi étrangère

430. Le défaut d'équivalence fonctionnelle, difficulté jugée non insurmontable au stade de la qualification primaire, ressurgit en réalité dans certains cas particuliers au stade de l'application de la norme étrangère.

Il n'est pas rare que la *lex causae* non étatique prévoit l'intervention d'une autorité non étatique : nécessité d'une cérémonie religieuse comme condition de validité du mariage, intervention du tribunal coutumier pour que les clans parviennent à un accord relatif au mariage de deux de leurs membres, intervention du rabbin pour la remise et l'acceptation du *guet*… Une fois la première qualification du projet des parties effectuée, et la *lex causae* déterminée, le respect de ces exigences pose difficulté. Elles assument une fonction fondamentalement inconnue de l'ordre juridique français (1) et la tentation est grande de les qualifier de conditions de forme ou comme des questions de procédure afin d'écarter l'application des normes véhiculant de telles exigences. Cette solution est insatisfaisante et à rejeter, tout comme la solution d'une qualification *lege causae*, mettant en lumière une sérieuse limite de la coordination avec les normes non étatiques : celles-ci peuvent

[1627] Pouvant se manifester sur le terrain de la preuve du droit étranger, par une consultation des juristes comparativistes par exemple, ou de sociologues du droit.
[1628] Qui semble avoir été écarté dans l'arrêt *Mobil North Sea* (Civ. 1, 11 mars 1997, *RCDIP* 1997, p. 702, note B. ANCEL ; *JDI*, 1997, p. 789, note M. SANTA CROCE ; *D.* 1998, p. 406, note E. AGOSTINI), dont la portée reste incertaine.
[1629] V. pour nos réflexions relatives aux méthodes de reconnaissance, *infra* n°497 et s.
[1630] Procédé qui doit être utilisé « *chaque fois que le présupposé de la règle substantielle applicable se réfère à une situation de fait dont la réalisation ne se conçoit parfaitement que pour les rapports internes* » (P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé, op. cit.*, n°274, p. 188).
[1631] V. par exemple la qualification de l'exigence de représentation du mineur en droit marocain par un *wali* en condition de forme par l'article 6 al. 3 de la Convention franco-marocaine du 10 aout 1981 (E. RUDE-ANTOINE, « Le droit international privé et les migrations maghrébines », *op. cit.*, spéc. p. 124).

se heurter au défaut d'équivalence fonctionnelle entre les organes du for et étranger en raison de l'absence de distinction entre fond et forme, entre substance et procédure (2).

1) L'intervention d'une autorité non étatique assurant une fonction fondamentalement inconnue du droit français

431. Remise du *guet* et son acceptation devant le tribunal rabbinique, accord des clans trouvé sous l'autorité du tribunal coutumier pour la dissolution du lien matrimonial entre époux… La jurisprudence française, dans l'arrêt *Levinçon*[1632], a pu qualifier le premier de ces procédés de « rituel »[1633], et il n'est pas douteux qu'un tel terme aurait pu également être adopté par celle-ci pour caractériser l'intervention du tribunal coutumier. Si cette qualification n'est pas réellement judicieuse, dans la mesure où des rituels peuvent être décelés dans tous les ordres, juridiques ou normatifs, « modernes » ou « tournés vers la tradition »[1634], elle a pour mérite d'insister sur le caractère intimement communautaire de ces pratiques, faisant douter de la fongibilité des lois au sens du droit international privé[1635].

432. Loin de considérer que l'ensemble des normes non étatiques se heurte au défaut de fongibilité, celles qui supposent l'intervention d'une autorité non étatique pour leur application peuvent poser une difficulté insurmontable : l'absence de fonction équivalente ou de pouvoirs équivalents du juge français.

Nous l'avons vu, les communautés religieuses ou ethniques prennent bien souvent en charge des fonctions répondant à des impératifs que les ordres étatiques ne connaissent pas. Et ce, notamment car le pouvoir, n'épousant pas la forme étatique, s'appuie sur d'autres sources de légitimité (consensus entre différents groupes formant la communauté, religion)[1636]. L'importance de l'intervention d'une figure d'autorité dans les communautés socioculturelles peut être particulièrement marquée, expliquant également, avec le caractère restreint de la communauté, que

---

1632 Civ., 29 mai 1905, *DP*, 1905.1.353, *Sirey* 1906. I, p. 161, note A. PILLET.

1633 V. également, outre-Rhin, la centralité de ce terme, érigé en critère, pour la théorie de la *wesenseigene Zuständigkeit* (v. *infra* n°460 et s.).

1634 V. la thèse d'A. GARAPON, qui met en lumière l'existence d'un véritable « *rituel judiciaire* » dans l'ordre juridique français : « *un procès est un ensemble très complexe et très sophistiqué, tributaire d'un espace – physique et procédural – homogène qui permet de combiner en une unité de temps, de lieu et d'action, une mise en langage et une mise en sens d'une part et une mise en scène d'autre part. Il combine une opération intellectuelle et logique et une cérémonie sociale destinée à purger l'émotion collective* »[1634]. L'auteur parle ainsi d'un « *rituel judiciaire assign[ant] à chacun sa place et permet[tant] donc à chaque discours d'être situé* ». Il s'agit d'un rituel dans la mesure où « *le moment de la fondation du procès* », « *la violence originaire dans tout procès* » sont répétés, mis à distance. Ce rituel est particulièrement visible dans notre ordre juridique, où le procès revêt une dimension théâtrale. « *Plus une société innove et se détache de la tradition, plus elle a besoin de rappeler avec force cet événement [de mise à distance de la vengeance et de la violence fondatrice]* » (« Genèse et corruption du rituel judiciaire. Eschyle, Kafka, O. J. Simpson », *Les cahiers de médiologie*, 1996/1 (n°1), p. 209, spéc. n°21 ; v. également : *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001). *Idem* : O. G. CHASE, J. S. BRUNER, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York, New York University Press 2005, p. 32, p. 119 et s.

1635 Et ainsi, il est possible d'écarter assez rapidement l'hypothèse selon laquelle la norme étrangère prévoit que le juge possède un pouvoir d'appréciation absolu.
Contra, v. la décision allemande du *Bundesgerichtshof* du 6 octobre 2004 (XII ZR 225/0), *IPRax* 2005, p. 346, spéc. point I 4. C) de la décision, p. 349 : « le fait que des dispositions légales étrangères fassent partie intégrante du droit religieux ou même directement du Coran et que leur application, dans le cadre de son champ d'application local, est réservée à une juridiction religieuse ne constitue pas un obstacle pour le juge allemand ; au contraire, leur application résulte du jeu des règles de conflit de lois » (traduction libre).

1636 V. *supra* n°422.

la norme ne soit pas nécessairement précise, ou formulée[1637], et puisse n'être qu'orale[1638]. L'intervention de l'autorité non étatique peut venir garantir le caractère sacré de l'engagement ou son caractère socialement acceptable.

Il convient cependant de nuancer ces affirmations : d'une part, nombre de normes non étatiques n'impliquent pas l'intervention d'une autorité non étatique ; d'autre part, on peut se demander si l'intervention de l'autorité non étatique connait une fonction équivalente à celle du juge français. Tel serait par exemple le cas si l'autorité non étatique a vocation à simplement « enregistrer », « homologuer » un acte privé, dans un but de contrôle des pratiques et identification de ses membres. Or, on remarquera que cette fonction est précisément propre aux ordres étatiques. Comme le mentionne R. El-Husseini-Begdache à propos de la répudiation islamique, « *l'enveloppe procédurale exigée par les diverses législations positives d'inspiration islamique reste une formalité de nature probatoire, fût-elle parfois impérative et parfois assortie de sanctions pénales. En effet, le talâq "nu" pose des problèmes épineux. C'est donc dans la mesure où le maintien de l'ordre social exige de toute structure étatique la surveillance des rapports privés sur son territoire, notamment lorsqu'ils intéressent l'état des personnes, domaine traditionnellement entouré de considérations de police renforcées, que les Etats dont la législation admet la répudiation prévoient une intervention de leur part en vue d'en organiser la preuve* »[1639]. L'auteure en déduit l'absence de qualification religieuse à l'acte de répudiation dressé par l'autorité publique[1640]. Une telle fonction de sécurité normative est moins pertinente pour les communautés socioculturelles, en raison de leur caractère restreint et de l'existence d'un contrôle social fort. Il n'est pas inconnu des ordres normatifs religieux prétendant à l'universalité. Toutefois, ceux-ci ne répondent pas à la définition de communauté que nous avons retenue ; par ailleurs, à la fonction de contrôle social s'ajoute une fonction religieuse qui ne peut lui être dissociée[1641].

1637 On retiendra ici à titre d'exemple la classification de R. A. MACDONALD, fonction du comportement des destinataires des normes (« Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives » *in* J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormatité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 233). Les normes sont classées selon deux critères : leur nature implicite ou explicite et leur forme inférentielle ou formulée. Il en vient à créer quatre catégories : les normes manifestes, allusives, routinières et latentes.

1638 A propos des normes aborigènes, J. BORROWS souligne l'important risque de non-appréhension ou de mauvaise interprétation de celles-ci par les cours canadiennes. Le risque de mauvaise interprétation découle selon l'auteur du fait que les juges ont un langage, une orientation culturelle et un passé différent des peuples aborigènes ; ils ont des perceptions de l'espace, du temps, de la vérité historique et de la causalité qui ne coïncident pas avec les conceptions aborigènes (« Listening for a Change : The Courts and Oral Tradition », *Osgoode Hall Law Journal* 39.1, 2001, p. 1, spéc. p. 29 et s.).

1639 R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Préf. J. Foyer, Paris, LGDJ, 2002, n°116, p. 51. Nous soulignons. L'auteure souligne qu'en droit marocain, la répudiation doit être attestée par deux oudouls de la circonscription de compétence du juge où se trouve le domicile conjugal. En droit libanais, l'article 110 de la loi de 1917 prévoit que « le mari qui a répudié sa femme est tenu d'en *informer* le juge. Il doit également dans un délai d'un mois *notifier sa décision* aux services de l'état civil » (loi du 7 décembre 1951, articles 28 et 29), v. P. GANNAGE, « Liban », *Jurisclasseur Droit comparé*, Fasc. 2, 2009, n°64.

1640 R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *op. cit.*, n°155, p. 69.

1641 Pour l'Église catholique, l'obligation de se marier devant un officier religieux a été introduite par le concile de Trente et le *Decretum Tametsi* de 1563 (aujourd'hui canon n°1108 du Code de droit canonique, CIC/1983) dans le but de créer une sécurité normative : de déterminer avec précision l'identité des époux, de rendre publique la cérémonie et ainsi de lutter contre des pratiques maritales ne répondant pas aux exigences de ces normes.
Or, le mariage devant un prêtre confère aussi à celui-ci un caractère sacré. V. canon n°1134 du Code de droit canonique : « Du mariage valide naît entre les conjoints un lien de par sa nature perpétuel et exclusif ; en outre, dans le mariage chrétien, les conjoints sont fortifiés et comme consacrés par un sacrement spécial pour les devoirs et la dignité de leur état ».

433. En réalité, on peut fortement douter trouver un critère satisfaisant, s'il en est un, entre les interventions d'une autorité non étatique qui reposeraient sur une fonction équivalente à celle du juge français et celles qui reposeraient sur une fonction inconnue. On se contentera de rejeter le critère de « dire le droit » ou « résoudre le litige », qui viendraient définir ce qu'il faut entendre par l'essence de la fonction du juge français[1642] et permettraient une distinction avec les activités des autorités non étatiques. Plus raisonnablement, il est possible de définir négativement la fonction du juge français par son absence de fonction religieuse en raison de l'importance du principe de séparation entre l'Eglise et l'Etat ; son absence de fonction de recherche d'équilibre de groupes sociaux en l'absence d'intermédiaires entre l'individu et l'Etat français selon les vues de ce dernier[1643]. On relèvera par ailleurs une série d'indices venant plaider en faveur de l'absence de fonction équivalente (qui n'ont cependant qu'une valeur d'indice, ces traits se retrouvant aussi pour des ordres étatiques, notamment de tradition musulmane) : la coïncidence entre compétence judiciaire et loi applicable[1644], l'absence de reconnaissance possible de la décision d'un juge étranger sur le fondement des normes non étatiques par l'ordre non étatique[1645], ou encore l'interdiction, pour les membres d'une communauté, de plaider devant les juridictions étatiques[1646].

434. Un critère supplémentaire nous apparait prépondérant : il s'agit de celui de la reconnaissance, par l'Etat initialement désigné par le jeu de la règle de conflit de lois, de la compétence exclusive d'une autorité non étatique. Un tel critère fait écho à la décision *Levinçon*, à l'occasion de laquelle la Cour de cassation s'était attachée à qualifier la règle étatique russe accordant une compétence exclusive aux autorités rabbiniques pour la dissolution du lien matrimonial. Retenant son caractère d'ordre public au sens du droit russe (et de manière fort critiquable, au sens du droit français[1647]), la Cour s'est reconnue internationalement incompétente pour juger du divorce. Le critère de la compétence exclusive de l'autorité non étatique par l'Etat étranger, s'il reste un critère, permet de déceler l'existence d'une fonction inconnue du pouvoir étatique.

1642 V. HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage*, 2015. hal-01463955 ; v. *supra* n°70 et s. sur l'absence de définition consensuelle du droit (qui peut s'étendre à la fonction du juge de l'ordre juridique français). V. pour l'exposé d'une telle idée : C. HERFARTH, *op. cit.*, p. 218. Pour dénier l'équivalence de fonction, l'auteur relève que le tribunal non étatique participe parfois à la négociation d'un contrat ou bien à la réalisation d'un rituel religieux.

1643 V. *supra*, n°60 et s., sur le mythe sur lequel repose l'Etat français.

1644 P. GANNAGE, « Les nouveaux aspects de la coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *in* P. Gannagé, *Au fil du temps, Etudes juridiques libanaises et proche-orientales*, Presses de l'université Saint-Joseph, 2013, p. 215, spéc. p. 224 et s.

1645 Pour les ordres religieux : I. BARRIERE-BROUSSE, « Le juge civil face aux règles religieuses : aspects de droit international privé », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 4, 2009-2010, p. 399, spéc. n°13, p. 404.

1646 Y. FEIT, « The Prohibition against going to secular courts », *The Journal of The Beth Din of America*, 2012 (1), p. 30.

1647 « Attendu que, pour refuser à la juridiction civile française tout pouvoir pour prononcer le divorce entre époux russes appartenant au culte israélite, il se fonde sur ce qu'un tel pouvoir est exclusivement réservé par la législation de l'empire de Russie à l'autorité religieuse compétente du culte judaïque ; - Attendu que ce moyen, tiré de la loi qui constitue le statut personnel des époux Levinçon, touche à la nature des juridictions ; qu'à ce titre, il est d'ordre public [… et] qu'il pouvait être invoqué en tout état de cause ». A. PILLET critique à juste titre le recours à l'ordre public : « *[e]n Russie, il est d'ordre public que les divorces des israélites soient prononcés par le rabbin ; en France, il est d'ordre public que les divorces des israélites soient soumis aux tribunaux civils. S'agissant d'israélites russes, nous leur appliquons la loi d'ordre public russe. Et ainsi, les lois d'ordre public, de territoriales qu'elles étaient jusqu'ici, deviennent tout d'un coup personnelles, sans que ce passage, à coup sûr scabreux, ait altéré le moins du monde la sérénité de nos magistrats* » (note sous Civ., 29 mai 1905, *DP*, 1905.1.353, *Sirey* 1906, I, p. 161, spéc. p. 163).

Indépendamment des moyens permettant de repérer *in abstracto* l'existence d'une fonction inconnue du juge français, celle-ci se repère concrètement par l'absence de règlement satisfaisant du litige concret.

2) L'insatisfaisante application de la norme non étatique : entre dénaturation de la norme étrangère et impossible adaptation

435. Confrontée à la question de la condition de l'intervention d'une autorité non étatique au stade de la qualification de sous-ordre, la jurisprudence procède généralement à une qualification en termes de condition de forme ou de procédure. Une telle qualification répond en réalité à des considérations de justice matérielle qui n'ont aucune pertinence à ce stade du raisonnement de la méthode bilatérale (a). La qualification *lege causae* se heurte quant à elle à l'impossible adaptation, matérielle ou procédurale, de la *lex fori* (b).

a) L'insatisfaisante qualification de l'intervention de l'autorité non étatique comme condition de forme ou comme question procédurale

436. Certes, il est possible de venir préciser la fonction attendue ou sollicitée par les parties lorsqu'est prêtée attention non à la norme étrangère en tant que telle, mais au projet des parties[1648]. Néanmoins, comment qualifier, par exemple, l'exigence de remise du *guet* et de son acceptation devant le juge rabbinique dans la tradition hébraïque[1649], condition de la dissolution du lien matrimonial[1650] ? Le choix entre la catégorie procédurale (soumise traditionnellement à la *lex fori*[1651]) et celle de dissolution du lien matrimonial apparait insoluble. La question se pose également sur le terrain de la cérémonie religieuse ou coutumière du mariage : est-ce une condition de forme (auquel cas il est possible de ne pas répondre à cette exigence si la *lex causae* non étatique n'est pas la *lex loci celebrationis*) ou de fond[1652] ?

1648 V. *supra* l'exemple du *mahr* (n°421).

1649 C. HERFARTH, *Die Scheidung nach jüdischem Recht…, op. cit.*

1650 Il en va par exemple ainsi pour l'Etat d'Israël (Z. W. FALK, « Jewish Family Law », *in* K. Lipstein, I. Szaszy, *International Encyclopedia of Comparative Law Online*, Brill, 1983, spéc. n°64 (https://referenceworks-brillonline-com.ezpaarse.univ-paris1.fr/entries/international-encyclopedia-of-comparative-law-online/ii-jewish-family-law-COM_041102#h041102F.Family, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

1651 Pour une critique de ce dogme : M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préf. de B. Goldman, Paris, Economica, 1986.

1652 Cette hypothèse est également pertinente lorsque le droit étatique étranger prévoit l'intervention d'autorités religieuses pour célébrer le mariage, comme c'est le cas pour Israël. « *For many centuries the autonomy of the religions with regard to marriage has been respected by whoever came to rule Israel. Contemporary secular law in israel continues with this tradition. The formation of marriage is left to religious regulation [For jews: Act on the jurisdiction of Rabbi Courts (Formation and Dissolution of Marriage) 5713-1953 art. 2; for muslims: Palestine Order-in-Council 1922–1947 art. 52; Muslim Family Law (Application) Ordinance 1919 art. 2. For druse : Jurisdiction of Religious Jews Courts Act 5723-1962 ; for christian religions : Palestine Order-in-Council 1922–1947 art. 54] and there is hardly any state law on these matters* » (D. COESTER-WALTJEN, M. COESTER, « Formation of Marriage », *in* K. Lipstein, I. Szaszy, *International Encyclopedia of Comparative Law Online*, Brill, 1997, spéc. n°119, https://referenceworks-brillonline-com.ezpaarse.univ-paris1.fr/entries/international-encyclopedia-of-comparative-law-online/iv-the-formation-of-a-marriage-COM_040304#notesup156, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

437. Il semble pouvoir être affirmé, cependant avec hésitations, que le droit positif français fait le choix de la première solution (procédure, forme[1653])[1654].

Une telle solution se fonde nécessairement, non sur la qualification de l'institution étrangère, mais sur le projet des parties. Une telle approche est à saluer, ne serait-ce que pour des raisons d'ordre logique, la loi étrangère n'ayant pas encore été désignée. En outre, une qualification de l'institution étrangère *lege fori* ne peut être menée. En l'absence d'équivalent fonctionnel de l'intervention de l'autorité non étatique dans l'ordre juridique français, comment faire le choix entre substance et procédure, ou fond et forme ? Lorsque l'institution étrangère et sa fonction sont inconnues, la qualification *lege fori* n'est d'aucune utilité pour opérer un choix entre les différentes catégories. Comme il a déjà été montré par d'autres[1655], le choix d'une ou l'autre de ces catégories répond alors nécessairement à des considérations d'ordre matériel : retenir la qualification procédurale quant à l'intervention du rabbin dans la remise et réception du *guet* permet d'ouvrir plus largement aux époux le divorce ; retenir que la cérémonie religieuse est une condition de forme se fonde sur l'idée que le for ne peut obliger les époux à se présenter devant les instances religieuses au nom du principe de laïcité. Le choix d'une catégorie ou de l'autre se fonde alors sur des critères très proches de ceux traditionnellement évoqués sur le terrain de l'ordre public international. Que de tels éléments interviennent au stade de l'opération de qualification n'apparait pas compatible avec l'objectif de neutralité de la règle de conflit de lois bilatérale. Certes, cet objectif n'est vraisemblablement pas absolu. Mais l'intervention de ces considérations au stade de la détermination de la catégorie et non une fois la norme étrangère appliquée et les conséquences de celles-ci *in concreto* déterminées, heurte le principe d'une application fidèle de la norme étrangère et encourage la création de situations boiteuses. Convient-il alors de créer une catégorie autonome ? Cette solution ne saurait être satisfaisante au regard de la multitude d'institutions et fonctions inconnues des ordres non étatiques.

438. Seule la qualification du projet des parties permet de sortir de cette impasse. Retenir sur ce fondement la catégorie de « forme » ou de « procédure » ne permet toutefois pas de garantir une

---

1653 V. par exemple l'arrêt *Caraslanis*, précité. On peut observer qu'il s'agit d'une qualification généralement utilisée pour amoindrir les difficultés de coordination, indépendamment de l'intervention d'une autorité non étatique. V. à ce titre la Convention franco-marocaine et la nécessaire représentation du mineur par un *walif*, inconnue du droit français. Cette représentation, condition matérielle du droit étrangère, est qualifiée pour les besoins de la mise en œuvre de la convention de condition de forme (E. RUDE-ANTOINE, « Le droit international privé et les migrations maghrébines », *op. cit.*, spéc. p. 124).

1654 Rendant ainsi possible l'application d'une partie du droit religieux. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Droit international privé*, II, n°448, p. 91.

1655 C. HERFARTH, *Die Scheidung nach jüdischem Recht…, op. cit.*, spéc. p. 184 et s.; J. DEPREZ, « Droit international privé et conflit de civilisations », *op. cit.*, p. 286 : « *[i]l est d'ailleurs notable que chez de nombreux auteurs ces idées ont aujourd'hui largement détrôné la théorie des qualifications dans le débat sur la célébration du mariage, le véritable enjeu n'étant pas d'opposer le fond et la forme dans une confrontation systématique des concepts mais d'affirmer que dans un pays de laïcité la sécularisation du mariage conduit à poser en droit international privé le caractère à la fois nécessaire et suffisant de la célébration civile. La distance ainsi prise par rapport à la démarche de qualification peut se constater chez de nombreux auteurs qui en appellent à des justifications diverses (lois de police, ordre public, lois d'application immédiate, compétence exclusive des services d'état civil, etc.) qui toutes témoignent de la recherche réaliste d'un fondement moins artificiel, plus convaincant, que la référence à la technique de la qualification. Au demeurant ces doctrines ne font que reprendre l'idée maintes fois exprimée que la forme du mariage relève de la notion de loi de police, ou met en cause des prescriptions d'ordre public, ou est du domaine de la loi territoriale ». Idem* : *GADIP*, n°27, n°14, p. 254.

application intègre de la loi étrangère et risque de constituer une dénaturation de celle-ci[1656] : à titre d'exemple, la remise du *guet* devant un rabbin est une exigence inscrite dans la Torah, et l'ensemble du régime de la dissolution du lien matrimonial s'organise autour de celle-ci (causes de divorce, pouvoirs du tribunal religieux, rôle des témoins)[1657]. Une telle réflexion, fondée sur le respect de la norme étrangère, semble au cœur de la décision *Levinçon* : tout comme une qualification matérielle de l'intervention de l'autorité non étatique, la solution sur le fondement de l'incompétence du juge français se justifie par le souci de voir le divorce prendre un caractère qui lui est étranger (religieux/laïc). En d'autres termes, il s'agit du respect de l'intégrité de la norme non étatique (en l'espèce religieuse)[1658], d'une « *manifestation de l'esprit de tolérance répondant à un souci de respect scrupuleux des consciences* »[1659]. Une telle réflexion est également au fondement de l'obligation d'accommodement raisonnable du droit canadien[1660].

Une solution plus satisfaisante pourrait être de retenir une qualification *lege causae*.

b) Qualification *lege causae* et impossible adaptation

439. A suivre une qualification *lege causae* de l'intervention d'autorités non étatiques, on remarquera que certaines lois étrangères ne font nullement la différence entre conditions de fond et de forme, de procédure ou de substance. Or, l'intervention exigée par la loi étrangère peut difficilement être réalisée par le juge français : le for ne peut alors ni appliquer le droit étranger ni procéder à une adaptation de son droit procédural ou matériel, car la fonction de l'autorité étrangère lui est fondamentalement inconnue. Le for ne connait ni les fonctions ni les pouvoirs conséquents afin d'adapter sa procédure[1661].

La problématique est celle de l'absence d'équivalence fonctionnelle entre les organes du for qui interviennent dans l'ordre interne et les autorités non étatiques dont l'intervention est supposée par la *lex causae*. Les méthodes conflictuelles supposent la distinction cardinale entre compétence et normes substantielles. Lorsque celle-ci n'est pas connue à l'étranger, la coordination s'avère impossible, la communauté de droit définitivement rompue.

1656 Et pourrait ainsi être soumise au contrôle de la Cour de cassation. Civ. 1, 21 nov. 1961, *Montefiore*, *RCDIP* 1962, p. 329, note P. LAGARDE ; *JDI* 1962, p. 686, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1962. II. 12521, note P. LOUIS-LUCAS ; *D.* 1963, p. 37, note P. FRANCESCAKIS ; *D.* 1963 Chron. 7 ; *GADIP*, n°36.

1657 C. HERFARTH, *op. cit.*, p. 190.

1658 *Idem* : P. GANNAGE, « Les nouveaux aspects de la coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *in* P. Gannagé, *Au fil du temps, Etudes juridiques libanaises et proche-orientales*, Presses de l'université Saint-Joseph, 2013, p. 215, spéc. p. 224 et s. V. l'argumentation de P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, note sous Rabat, 21 mai 1929, *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz,* 1930-2-65.

1659 J. BASDEVANT, note sous CA Paris, 9 janv. 1943, *Dame Garcia-Fuentes*, *D.*, 1944, p. 56, spéc. p. 57.

1660 V. *supra* n°259.

1661 Notamment en raison des instruments coercitifs mis à disposition du juge étatique, qui peuvent ne pas être utiles à la résolution du litige, particulièrement quand celui-ci pense le rôle de l'autorité en termes de persuasion. V. pour la remise du *guet* devant le tribunal rabbinique D. COESTER-WALTJEN, « Das religiöse jüdische Recht im internationalen Privat- und Verfahrensrecht », *Festschrift Gunter Kühne*, Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2009, p. 669, spéc. p. 684 et s.

Symptomatique de ce phénomène est la tentation pour les juridictions étatiques, d'ordre très pragmatique, d'assurer le concours d'autorités religieuses à l'élaboration de la décision du juge étatique[1662].

440. En conclusion, la qualification au stade de l'application de la *lex causae* de l'intervention d'une autorité non étatique mène à une impasse : une qualification *lege fori* fonctionnelle ne permet pas d'assurer le respect des normes étrangères et se révèle en réalité impossible, comme le montre l'interférence de considérations matérielles ; une qualification *lege causae* mène à un problème d'adaptation, impossible à résoudre, car le for n'a ni les fonctions ni les pouvoirs conséquents afin de constituer une quelconque équivalence de l'autorité étrangère. La difficulté est en réalité assez classique, il s'agit du défaut d'équivalence fonctionnelle entre les organes du for et ceux non étatiques étrangers, qui dépasse la problématique de l'institution inconnue du for. La fonction de l'autorité non étatique étrangère, difficilement saisissable du point de vue de l'ordre juridique français, se manifeste très concrètement par des problèmes insolubles sur le plan de la méthode bilatérale.

II- L'intervention de l'ordre public international

441. Les difficultés de coordination avec des ordres juridiques musulmans ont pu être mises en lumière par L. Gannagé dans son cours à La Haye. L'auteure met en lumière l'absence de justice matérielle commune aux droits européens et musulmans[1663], relevant ainsi le défaut de communauté juridique. Le conflit de valeurs rejaillit à la fois sur le contenu des normes substantielles, notamment en droit de la famille ainsi que sur le plan des méthodes de droit international privé[1664].

C'est principalement sur le terrain de l'exception de l'ordre public international que l'absence de coordination possible se manifeste : le conflit de valeurs, « *récurrent, voire permanent* », mènerait à l'intervention quasi-systématique de l'ordre public international[1665]. L'auteure le souligne, *« [l]e mariage polygamique, les empêchements à mariage en raison de la religion de l'un des conjoints, la répudiation, la*

1662 P. LAGARDE, Compte rendu de la thèse de C. HERFARTH, Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, RCDIP* 2003, p. 203. V. également la décision québécoise *I. (S.) v E. (E.)* EYB 2005-95189 (CSQ) précédemment citée (v. *supra* n°364 et s.). Pour des détails sur les solutions envisageables et envisagées, v. *infra* n°368 et s.

1663 « *[L]es différences qui séparent les systèmes européens des systèmes musulmans dans le domaine du droit de la famille restent très prononcées. On les retrouve à la fois sur le terrain du mariage, du divorce, de la garde des enfants, de la filiation naturelle, de l'adoption, du droit des successions. On l'a vu, tout sépare, sur ces différents terrains, les droits européens et les droits des pays de tradition musulmane* » (L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *op. cit.*, n°112, p. 322).

1664 *Ibid.*, n°230, p. 404.

1665 « *La rencontre avec l'Islam modifie la donne car le conflit de valeurs est désormais récurrent, voire permanent, de sorte que si l'ordre public devait rester fidèle à sa mission originaire il risque d'intervenir très fréquemment à l'encontre des normes originaires des pays musulmans. Corrélativement, toute tentative de coordination des systèmes serait irrémédiablement compromise. Aussi les ordres juridiques européens hésitent-ils sur l'accueil qu'il convient de réserver chez eux aux institutions et aux règles du droit musulman. L'ordre public se ressent directement de ces atermoiements qui rejaillissent sur sa physionomie, laquelle varie sensiblement en fonction des systèmes juridiques* » (*ibid.*, n°92, p. 308). V. en conséquence, la proposition de P. LAGARDE (« La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *in Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263).
L'idée d'un « ordre public écologique » adapté aux « ontologies autochtones » semble prometteuse. Toutefois, elle nécessite une modification conséquente (voire première) des conceptions du for (S. BRACHOTTE, « Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297).

prohibition de l'action en recherche de paternité naturelle, les empêchements successoraux, l'attribution de la garde de l'enfant en fonction de l'âge de celui-ci violent ouvertement des principes fondamentaux tels que l'égalité de l'homme et de la femme, la liberté matrimoniale, la liberté de conscience ou encore l'intérêt concret de l'enfant »[1666].

L'auteure prône alors de « *[f]aire appel à des procédés de réglementation qui associent étroitement l'objectif de coordination des ordres juridiques à des considérations de justice substantielle qui soient acceptables tant dans les systèmes musulmans que dans les systèmes européens. Le défaut de communauté juridique serait alors compensé par la réinjection de la justice matérielle au cœur même des procédés de réglementation* »[1667] ; « *la coordination abstraite, indifférente au résultat à atteindre, étant ici vouée à l'échec* »[1668].

Or, précisément, le risque du conflit de valeurs, déjà marqué avec des ordres juridiques étatiques n'appartenant pas à la même communauté de droit que l'ordre du for, est davantage accentué en présence de normes non étatiques. En témoigne ainsi l'existence d'institutions très différentes de celles du for, reposant sur des valeurs qui entrent en conflit avec celles de l'ordre juridique français. Nous l'avons vu, les normes non étatiques en matière personnelle et familiale ont pour fonction de définir et reproduire le groupe social : la place de la femme est souvent considérée comme un enjeu central[1669], les normes relatives tant au mariage qu'à la filiation ont vocation à définir et perpétuer la communauté non étatique. En dehors du cadre étatique et en matière familiale, le risque est particulièrement grand de constater une incompatibilité *in concreto* avec le principe d'égalité des sexes[1670] (A). S'il ne s'agit évidemment pas de l'unique principe susceptible d'être heurté par l'application d'une norme non étatique, sa centralité justifie de s'y appesantir, tout en gardant à l'esprit qu'il ne s'agit là que d'un principe parmi d'autres. L'application d'une norme religieuse pourrait également être considérée comme contraire au principe de laïcité. Un tel fondement d'intervention de l'exception d'ordre public ne saurait cependant convaincre (B).

A- L'égalité des sexes

442. La question se cristallise particulièrement, et cela n'est pas un hasard, sur la question de l'égalité homme-femme ou entre époux[1671].

1666 *Ibid.*, n°115, p. 323.
1667 *Ibid.*, n°233, p. 405.
1668 *Ibid.*, p. 406.
1669 V. *supra* n°257.
1670 Ce principe n'est toutefois pas le seul à être particulièrement concerné. Il en va également ainsi de l'égalité des filiations, ou encore de l'interdiction de discriminations fondées sur la non-appartenance à une religion (pour la matière successorale, v. la décision précitée Cour EDH du 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*).
Sur le plan de la reconnaissance, l'appréciation des circonstances d'intervention de l'exception d'ordre public international ne s'effectue pas toujours *in concreto* en jurisprudence : « *[e]n tout état de cause il est clair, concernant les répudiations musulmanes, que les juges français ne sont pas prêts à faire des concessions, même face aux avancées des droits étrangers, et qu'ils n'examinent absolument pas les circonstances concrètes du prononcé de la dissolution du lien conjugal* » (v., examinant la décision suivante : Civ. 1, 4 novembre 2009, n°08-20.574, note L. ABADIE, *Droit de la famille*, janvier 2010, n°1, commentaire 13 ; N. JOUBERT, E. GALLANT, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la méditerranée », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret, *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 307, spéc. p. 320).
1671 « *Nous n'avons pas trouvé de jurisprudence sur la question de lois étrangères qui imposeraient un devoir d'obéissance à la femme mariée, sans qu'une obligation similaire existe pour l'époux. Une telle loi serait très certainement considérée comme contraire au principe d'égalité entre époux maintes fois réaffirmé par la Cour de cassation, notamment en matière de répudiation* » (*ibid.*, spéc. p. 312).
V. sur la dissolution du mariage selon la loi mosaïque, qui a pu être jugée contraire à l'ordre public en raison de l'impossibilité pour la femme de respecter le principe de contradiction : CA Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Zagha.*

A se pencher sur le pluralisme interne à titre d'exemple, la Charte du peuple kanak du 26 avril 2014 qualifie la société *kanak* de patriarcale[1672] et la conception retenue des rapports entre les sexes, ainsi qu'entre les générations, « *heurte notre conscience démocratique et républicaine* »[1673]. Les normes de certaines communautés (*Santa Clara Pueblo* au Nouveau-Mexique, communauté autochtone au Canada) ont pu être jugées, par différents tribunaux étatiques ou supra-étatiques (Cour suprême aux Etats-Unis[1674], Comité des droits de l'Homme des Nations Unies[1675]) comme contraires à l'égalité homme-femme. Il apparait raisonnable de penser que, dans de nombreux cas, l'application *in concreto* des normes concernées heurte la conception française de l'égalité homme-femme. Plus précisément, il était question dans les espèces précitées de la norme selon laquelle le mariage avec un non-membre de la communauté a pour conséquence, uniquement pour les femmes, la perte du statut autochtone et ainsi un nécessaire exil ; ainsi que de la norme selon laquelle l'enfant issu de l'union d'une femme membre de la communauté et d'un homme étranger au groupe n'est pas reconnu comme membre du groupe (alors que l'enfant d'un homme du groupe et d'une femme étrangère est, quant à lui, reconnu comme tel). Plus généralement, en dehors du mariage ou de la filiation, l'ordre public international s'opposera à l'application de certaines normes sur le terrain successoral, ou encore sur celui de la désunion et de ses conséquences (absence d'indemnités pour l'épouse notamment).

443. Certes, l'intervention de l'ordre public peut être nuancée par la figure de l'effet atténué de l'ordre public ou de l'*Inlandsbeziehung*[1676] (ou ordre public de proximité ou d'éloignement[1677]). Cette dernière figure de l'ordre public international semble particulièrement adaptée à la rencontre de cultures différentes[1678]. On ne saurait cependant retenir une telle approche. Loin de rappeler ici la démonstration opérée par d'autres[1679] et à laquelle nous souscrivons, on remarquera que la mise en

---

[1672] Art. 56, Charte du peuple Kanak : « La société Kanak est une société patriarcale. Son système social fonctionne à partir d'une transmission des droits, des pouvoirs et des responsabilités, basée sur l'homme ». Comme le souligne, P. JEAN, « *[l]'* "*homme*" *y est implicitement entendu au seul sens masculin du terme. Le patriarcat peut se définir comme une « forme d'organisation sociale dans laquelle l'homme exerce le pouvoir dans le domaine politique, économique, religieux, ou détient le rôle dominant au sein de la famille, par rapport à la femme » (dictionnaire Larousse en ligne)* » (« La Charte du peuple kanak : quelques aspects et réflexions », *Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n°25, 2015 (1), p. 13, spéc. p. 19, note de bas de page). Idem : F. FERAL, « Le droit positif républicain à l'épreuve de la Charte du peuple kanak », *in* F. Hourquebie (dir.), *Pluralisme juridique et droits fondamentaux*, Institut Universitaire de Varennes, 2017, p. 161, spéc. p. 170 et s.

[1673] F. FERAL, *ibid*., spéc. p. 172.

[1674] *Santa Clara Pueblo et al., vs Julia Martinez et al.*, 436 U.S. 49 (1978).

[1675] Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, *Lovelace c. Canada*, Doc NU A/36/40, 1981, p. 178 (sur la décision de la Cour Suprême du Canada, Procureur général du Canada c. Lavell de 1973, *Recueil des arrêts de la Cour Suprême*, 1974, p. 1349).

[1676] P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », *op. cit.*, ; L. GANNAGE, *op. cit.*, n°125 et s., p. 332 et s.

[1677] Selon cette théorie, l'exception d'ordre public aurait vocation à jouer lorsque la situation a des liens d'une intensité suffisante avec l'ordre juridique français. La théorie de l'*Inlandsbeziehung* crée une dualité de seuils de tolérance. Elle le fait selon que, au moment où se pose la question du déclenchement de l'exception d'ordre public, l'affaire présente avec l'État du for des liens d'une nature et d'une intensité pertinentes. Pour une critique : D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* (Civ. 1, 27 sept. 2017, n°16-19.654) », *RCDIP*, 2018, p. 882. D'autres figures de l'ordre public existent, fonction d'autres facteurs, comme le facteur temps pour l'ordre public atténué (l'extranéité est passée).
Pour une célèbre illustration, v. Civ. 1, 6 juillet 1988, *Baaziz* (*RCDIP,* 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE) : la Cour « s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ». La décision Civ. 2, 1er décembre 2011, n°10-27.864 (*RCDIP* 2012, p. 339, note P. LAGARDE) va encore plus loin dans l'utilisation de l'ordre public de proximité, puisque la Cour considère que « la conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté en Algérie par celui qui se savait encore l'époux d'une Française produise des effets en France ».

[1678] L. GANNAGE, *op. cit.*, n°144 et s., p. 347 et s.

[1679] On renverra le lecteur au cours de L. GANNAGE (*op. cit.*, n°125 et s., p. 332 et s.) ainsi qu'à l'article de D. BODEN (*op. cit.*).

œuvre de l'ordre public de proximité peut par ailleurs mener, lorsque la situation est jugée entretenir au moment de la saisine du juge des liens avec le for suffisamment « proches », à l'application d'un ordre public « plein », alors même que la situation a pu, par son ancrage temporel, fonder des prévisions des parties. Dans ce cas, l'ordre public de proximité neutralise l'effet atténué de l'ordre public international[1680]. Cette solution revient alors *in fine* et dans ce cas précis, qui ne relève cependant pas du cas d'école, à adopter une solution plus sévère quant à l'ouverture aux normes de culture particulièrement différente de celle du for.

B- Laïcité et application d'une norme religieuse

444. Dans sa thèse, S. Ramaciotti décèle dans l'étude du droit positif français l'existence d'un principe de « *laïcité impérative* », justifiant le refus de l'application de normes religieuses visant à recréer « *un Etat dans l'Etat* »[1681], aussi nommées les lois religieuses « *militantes* ». L'auteure cite à titre d'exemple les empêchements confessionnels à mariage ou à succession. Le refus d'appliquer ces normes se manifesterait rarement sur le terrain de l'ordre public international[1682]. On se demandera toutefois si ce principe de laïcité impérative peut être invoqué sur le terrain de l'ordre public international à l'encontre des normes des communautés non étatiques à caractère religieux.

Ni la distinction entre normes militantes et sociologiques (a), ni l'invocation du principe de laïcité comme fondement de l'intervention de l'ordre public international français (b) n'apparaissent cependant pertinentes.

1) L'absence de pertinence de la distinction entre normes militantes et normes sociologiques

445. La distinction entre les normes visant à recréer « *un Etat dans l'Etat* » et les « *lois religieuses sociologiques* » (polygamie par exemple) n'est pas pertinente en matière familiale, en dehors de toute approche descriptive : les normes en matière familiale ont précisément comme fonction de définir et de préserver la communauté socioculturelle en tant que telle[1683].

446. On relèvera par ailleurs que le risque de « recréer un Etat dans l'Etat », soit de communautarisme, concerne en réalité les communautés socioculturelles considérées, pour l'ordre juridique français, comme des minorités intégrées à son ordre juridique. Le caractère religieux de la loi ou communauté étrangère n'a, par conséquent, aucune importance ; ce n'est pas le caractère religieux de la norme qui apparait choquant, mais la possibilité de reconnaitre indirectement l'existence d'un groupe concurrent à celui étatique, dans un domaine où l'identité collective étatique est directement concernée.

447. Il s'agit ainsi en réalité davantage d'une question de partage entre techniques de gestion du pluralisme interne et techniques de gestion du pluralisme de droit international privé[1684]. La

---

1680 V. également L. GANNAGE (*ibid.*).

1681 V. déjà *supra* n°255.

1682 S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé, op. cit.* n°427 et s., p. 385 et s. L'auteure se réfère à la modification de la règle de conflit de lois au sujet de la *hadhana* et de la *kafala*.

1683 V. *supra* n°252.

1684 Sur ce point, nos travaux se différencient de ceux de S. BRACHOTTE, pour qui « *l'approche décoloniale du droit international privé suggère d'utiliser le droit international privé non seulement dans les litiges transnationaux mais aussi dans les contextes où le juge français est confronté à la revendication, par au moins une des parties, de son appartenance à une autre "communauté normative" que l'État, conformément au paradigme du pluralisme juridique* » (« Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297).

question se résout alors en amont : au stade de la découverte de l'élément d'extranéité du litige concret et surtout au stade du choix du facteur de rattachement lors de l'élaboration de la règle de conflit de lois (convient-il de remplacer le critère de la nationalité par celui du domicile ou de la résidence habituelle ? De penser l'intervention d'un rattachement second, d'un catalogue de rattachements ? etc.). A cet égard, les propositions remettant en cause le rattachement-même de la règle de conflit de lois semblent plus prometteuses que celles redessinant les cas d'intervention et les modulations de l'exception d'ordre public international[1685]. La définition de l'appartenance à la communauté française pour les besoins du droit international privé appelle une réflexion démocratique d'ensemble, effectuée notamment au regard de la diversité des catégories existantes et des liens entre celles-ci. La définition de la communauté sur le terrain de l'ordre public international, quelle que soit la figure choisie, est quant à elle intimement liée au litige particulier (appréciation *in concreto*). La réintégration du litige à la communauté du for est conçue comme une sanction vigoureuse face à l'application choquante de la loi étrangère (une limite à la tolérance) et ne répond de manière convaincante qu'à une sorte de modulation possible, celle répondant au facteur temps (ordre public atténué)[1686].

On soulignera en outre qu'une fois l'élément d'extranéité caractérisé, la norme étrangère non étatique, éventuellement à caractère religieux, désignée et appliquée, ne sera en aucun cas celle de la communauté socioculturelle considérée par l'ordre juridique français comme lui étant intégrée. Ainsi, la communauté protestante libanaise ne peut être considérée comme identique à la communauté protestante française : l'application des normes de cette première ne peut que difficilement caractériser un risque de reconstitution d'un Etat étranger au sein de l'Etat français. La pertinence de ce risque sur le plan du conflit de lois est ainsi à rejeter (les pratiques sociales évoluent sans cesse et au contact des autres groupes sociaux[1687]).

2) L'absence de pertinence du principe de laïcité

448. Indépendamment de la distinction de S. Ramaciotti entre laïcité impérative et dispositive, et bien que l'arrêt *Levinçon* y fasse expressément référence – bien que de manière critiquable, l'intégrant à l'ordre public interne et non international[1688]–, il ne semble pas judicieux d'intégrer le principe de laïcité en tant que tel au contenu de l'ordre public international, s'opposant à l'application de normes socioculturelles ayant un caractère religieux (ainsi qu'à celle de normes étatiques ayant un caractère religieux).

V. sur le pluralisme religieux en Europe : P. SHAH, M.-C. FOBLETS, M. ROHE (éd.), *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016.

1685 Pour une présentation de celles-ci, tout en se prononçant en faveur de l'outil de l'ordre public international : P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international… », *op. cit.*

1686 V. *supra* (n°443) et *infra* (n°563 et s.) sur le rôle du facteur temps.

1687 V. l'exemple, déjà évoqué *supra* (n°305), du mariage à la *fâtiha.*

1688 « *[L]e principe de la séparation des matières civiles et religieuses est [...] l'une des bases essentielles de la législation française* » ; V. E. BARTIN (note sous Paris, 17 mai 1902, *D. P.* 1903.II.49), soutenant que le principe de laïcité aurait dû être reconnu comme appartenant à l'ordre public international.

Le principe de laïcité est parfois cité en doctrine comme intégrant l'exception d'ordre public international. V. Y. LEQUETTE, « Le conflit de civilisations à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », *in Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2005, p. 175, spéc. p. 196 : « *heurtant directement le principe de laïcité […], une telle règle méconnait, en outre, la politique traditionnelle de la France qui voit dans l'exogamie un moyen de favoriser l'intégration des étrangers à la communauté nationale* ».

449. Deux raisons principales s'opposent à une telle intégration du principe de laïcité au sein de l'exception d'ordre public international.

D'une part, elle heurterait la raison d'être du droit international privé, qui a précisément vocation à s'ouvrir à l'altérité. En témoigne l'application constante en droit positif de normes religieuses *via* l'application d'un droit étatique étranger[1689]. En réalité, pour le droit international privé, le caractère religieux de la norme étrangère est, en soi, peu pertinent. C'est parce que les normes sont le fruit d'une autorité étatique (pour la théorie classique) ou, dans la vision défendue par ce travail, parce qu'elles sont une réalité vécue pour les parties, l'objet de sanctions sociales et juridiques effectives (et non religieuses) et le produit de communautés socioculturelles considérées comme légitimes, qu'elles sont relevantes. La laïcité est en réalité intimement liée à une réflexion sur le « vivre-ensemble », sur le pluralisme interne[1690].

D'autre part, le principe de laïcité est caractérisé par sa difficile définition[1691]. Une compréhension large de celui-ci mènerait à s'opposer à l'application de l'ensemble des normes émanant d'une autorité religieuse. A suivre cette interprétation, l'exception d'ordre public serait détournée, puisqu'elle requiert un examen *in concreto* des effets de l'application de la norme étrangère (la source de la norme étrangère n'est donc d'aucune importance). Une autre interprétation du principe de laïcité est difficilement imaginable. Aussi est-ce cohérent que le droit positif, loin de retenir ce

---

[1689] V. ainsi par exemple : Civ 1, 22 nov. 2005, n°03-12.224, *JDI* 2006, n°3, p. 16, note I. BARRIERE BROUSSE. *Idem* : L.-L. CHRISTIANS, « La *charia* désétatisée : usage collectif et conscience individuelle en Belgique (et en France) », *in* B. Dupret (éd.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*. La Découverte, 2012, p. 227. V. sur l'interaction entre droit laïc et droit religieux : M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *RCADI* 1987-III, vol. 203, p. 329, spéc. p. 412. ; P. GANNAGE, « Le juge civil face aux droits religieux », *in De Tous Horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, Paris, 2005, p. 247 ; I. BARRIERE-BROUSSE, « Le juge civil face aux règles religieuses : aspects de droit international privé », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 4, 2009-2010, p. 399 ; S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Thèse de doctorat soutenue le 15 janvier 2021, Université Paris II, Dalloz, 2022.

[1690] « *Quoi qu'il en soit […], deux faits prépondérants continuent à exercer leur action sociale. Le premier, c'est le progrès continu de la laïcité, c'est-à-dire de l'État neutre entre les religions, tolérant pour tous les cultes et forçant l'Église à lui obéir en ce point capital* » (E. RENAN, Réponse au discours de réception de Louis Pasteur à l'Académie française, 27 Avril 1882, http://www.academie-francaise.fr/reponse-au-discours-de-reception-de-louis-pasteur, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

Comp. C. BERNARD, « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1977, p. 59, spéc. p. 61 et s.

[1691] « *Le mot sent la poudre ; il évoque des résonances passionnelles contradictoires* » (J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *Rec. Dalloz*, 1949, chronique XXXIII) ; v. les différentes définitions exposées par S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, *op. cit.*, n°2, p. 3 et s. ; B. CHELINI-PONT, « Is *Laïcité* the Civil Religion of France ? », *The George Washington International Law Review*, 2010 (41), p. 756.

principe[1692], se réfère à la liberté matrimoniale (pour les empêchements confessionnels à mariage[1693]) ou à l'égalité entre les sexes ou entre les époux[1694].

Les difficultés jusqu'ici mises en lumière ne sont pas nécessairement propres au caractère non étatique de la communauté ou de la norme étrangère, mais tiennent davantage à la différence de tradition ou de culture juridique, entrainant des difficultés, connues, sur le terrain de la qualification comme sur celui de l'ordre public international. Ce n'est pas à dire que ces dernières sont minimes ; au contraire, on pourrait en déduire, au regard de la solution prônée par L. Gannagé pour pallier les conflits de cultures, une remise en cause fondamentale des méthodes conflictuelles au profit de mécanismes matériels de coordination. L'absence d'institution étatique étrangère fait cependant fortement douter de la pertinence d'une telle solution.

450. Conclusion de la section. L'application de la norme non étatique se heurte dans certains cas à des difficultés insurmontables. Celles, bien connues, relatives à l'intervention de l'exception d'ordre public international. Les communautés socioculturelles, en matière familiale, sont souvent caractérisées par des rôles stricts et traditionnels, notamment relatifs au statut de la femme. Il en va de la définition et de l'identité de ces communautés. L'application de ces normes risque de paraitre choquante pour l'ordre juridique français et mener au refus de leur application et à une application subsidiaire de la *lex fori*. Refuser l'application d'une norme non étatique à caractère religieux sur le fondement du principe de laïcité ne saurait être satisfaisant, se heurtant au principe même de l'appréciation *in concreto* de l'atteinte à l'ordre public international. Sur le terrain de la qualification, les normes non étatiques peuvent être la traduction d'institutions inconnues du for.

1692 Cela n'a pas toujours été le cas. V. la décision de la Cour d'appel de Paris précédant l'arrêt *Levinçon* de la Cour de cassation (CA Paris, 17 mars 1902, *D.*, 1903, 2, p. 49, note E. BARTIN), ainsi que celui-ci (Civ., 29 mai 1905, *Sirey* 1906, 1, p. 161, note A. PILLET).
Du moins comme seule référence. V. la décision du TGI Paris du 4 octobre 2005 (RG 04/05825, inédit, tel que cité par N. JOUBERT et E. GALLANT, *op. cit.*, spéc. p. 329 et s. L'affaire concernait le serment d'anathème « *permettant au mari de rejeter l'enfant en déclarant qu'il n'est pas de lui […]. Il s'agissait en l'espèce d'un enfant né en 1985 au Bahreïn et inscrit sur les registres bahreinis comme né de M. X et Mme Y. L'enfant acquit par la suite la nationalité française et ces mentions furent transcrites sur les registres français. En 2004, cet enfant fut reconnu par un autre homme, M. Z, époux en secondes noces de la mère de l'enfant. Ces époux introduisirent alors devant les tribunaux français une action en contestation de la paternité de M. X et en constatation de la paternité de M. Z M. X intervint à l'instance et confirma qu'il n'était pas le père de l'enfant. Il demanda notamment que soient pris en compte les principes du droit musulman shaféite et que le lien de filiation soit considéré comme détruit par le serment d'anathème prononcé par lui en avril 2004 devant un huissier de justice à Paris […]. Le tribunal, dans un raisonnement en deux temps, décida alors, d'une part, que* « ces dispositions à caractère purement religieux n'ont pas vocation à être accueillies devant une juridiction française obéissant au principe fondamental de la République que constitue la laïcité » *et, d'autre part, que* : « ces dispositions qui ont pour effet de soumettre l'existence du lien de filiation à la seule volonté de l'un des parents de l'enfant sont contraires au principe d'ordre public que constitue l'indisponibilité de l'état des personnes; qu'en outre elles ne permettent pas à l'enfant exclu de ce qui constituait sa famille, par un procédé totalement arbitraire, de pouvoir se défendre dans le cadre d'un procès contradictoire et au-delà, d'accéder à la vérité de sa filiation, en méconnaissance des droits fondamentaux de la personne; qu'enfin, ces dispositions qui accordent au seul mari le privilège de pouvoir ainsi renier l'enfant et dissoudre le lien de filiation l'y unissant, porte atteinte au principe d'égalité des époux dans le mariage tel que défini par le protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en date du 2 novembre 1984 » (nous soulignons).
1693 CA Paris, 17 nov. 1922, *JDIP* 1923, p. 437 ; CA Alger, 2 mai 1928, *JTT* 1928, p. 361 ; Civ., 4 février 1931, *RA* 1931.II.168, *JTT* 1931, p. 134, tels que cités par L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Université de Bourgogne, Etudes universitaires, 1993, n°79, p. 97 et s.
1694 Civ. 1, 17 février 2004, *D.*, 2004, p. 824, conclusions F. CAVARROC ; P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.*, 2004, p. 815 ; *RCDIP* 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. GANNAGE.
On pourrait également songer au principe d'égalité des filiations pour les normes excluant certains enfants de la communauté. V. *supra* n°441 la décision de la Cour Suprême des Etats-Unis, *Santa Clara Pueblo et al., vs Julia Martinez et al.*, 436 U.S. 49 (1978).

Si les difficultés de qualification peuvent être résolues par une application fonctionnelle de la qualification *lege fori*, tel n'est pas le cas lorsque ces institutions reposent sur des fonctions que le for ne connait pas, notamment lorsque l'intervention d'une autorité non étatique est prévue par les normes étrangères non étatiques. Il est délicat de déterminer si l'autorité religieuse ou coutumière intervient pour répondre à une fonction inconnue du for, dans la mesure où les fonctions assumées par l'autorité étrangère, comme celles assumées par le for, sont parfois multiples. Certaines fonctions heurtent de manière évidente la conception des pouvoirs du juge français : celle religieuse ou spirituelle, ainsi que celle de recherche d'équilibre entre différents groupes sociaux. Un indice pertinent de l'absence d'équivalence des fonctions est l'existence, dans l'ordre juridique étatique initialement désigné, d'une règle de compétence exclusive en faveur de l'autorité non étatique.

L'analyse de la difficulté posée par la recherche d'une coordination avec les normes et ordres non étatiques permet de mettre en lumière que cette première se pose sur le terrain des pouvoirs et des fonctions du juge français. De cette découverte peut être construite une proposition de coordination sur le terrain de la compétence internationale.

452. C'est ainsi en raison d'une incompatibilité entre droit procédural français et droit étranger (matériel et procédural, les deux ne pouvant être dissociés) que la coordination entre le droit du for et la norme non étatique étrangère échoue. Cet échec puise ses racines dans des raisons d'ordre à la fois technique et dogmatique, puisque le défaut d'adaptation possible tant de la *lex causae* que de la *lex fori* découle à la fois du respect de l'intégrité des normes étrangères ainsi que de la conception des fonctions fondamentales du juge français. En l'absence du respect de l'intégrité de l'ordre étranger ou de ses normes, il serait en effet possible de qualifier les exigences posant difficulté de conditions de forme ou de procédure et ainsi d'évincer leur application et de procéder à une adaptation de la *lex causae* ; en l'absence de limites relatives aux fonctions du juge français se traduisant en une somme de prérogatives et pouvoirs concrets, il serait toujours possible de procéder à une adaptation de la *lex fori*.

Que la difficulté soit comprise comme technique ou dogmatique, c'est la conception des fonctions du juge français, concrétisées dans les pouvoirs qui lui sont octroyés, qui apparait centrale et permettrait de plaider en faveur d'une solution sur le terrain de la compétence du juge français. Les conséquences sont cependant drastiques : le juge français se déclarant incompétent peut provoquer un déni de justice[1695]. Aussi convient-il, après avoir précisé la pertinence d'une réflexion sur le terrain de la compétence internationale et non du conflit de lois (I), de dégager des conditions d'intervention de l'exception suffisamment encadrées et de préciser les conséquences d'un tel mécanisme (II).

453. Le jeu d'une exception d'incompétence permet d'évincer partiellement la difficulté, mise en lumière au chapitre précédent, de la détermination de la loi applicable en cas de pluralisme normatif à l'étranger. L'intégration d'une exception de proximité ou de légitimes prévisions, permettant de désigner la norme d'un ordre non étatique reconnu par l'Etat initialement désigné, repose en effet sur le postulat critiquable d'un pluralisme normatif harmonieux à l'étranger. Penser un second conflit de lois résolu à l'aide des rattachements de la proximité ou des légitimes prévisions des parties ne saurait être satisfaisant au regard de la difficile mise en œuvre de ces critères. Lorsque les conditions de déclenchement de l'exception d'incompétence sont réunies, ce qui, nous le verrons, se réalise au stade de la désignation classique de l'Etat étranger, il n'est alors plus question de déterminer la norme non étatique applicable. La solution est en effet celle du retrait.

I- Le principe d'une exception d'incompétence

454. Comme le souligne P. Gannagé, « *[l]e dessaisissement d'une juridiction normalement compétente est toujours considéré avec défaveur. Il peut provoquer un déni de justice, un manquement de l'Etat à son devoir de protection juridictionnelle et se trouve ainsi sanctionné (voir l'article 4 du Code civil en France). Le vide qu'il provoque peut rendre insolubles les litiges internes qui sont du ressort exclusif d'un Etat et mettent donc en cause sa*

[1695] G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, Munich, Beck, 9ème éd., 2004, p. 870.

responsabilité. Ses inconvénients sont plus réduits dans les relations internationales du fait que la compétence des juridictions de l'Etat se trouve souvent en concurrence avec celle d'un autre Etat. Le dessaisissement pourra être alors le fruit de l'accueil de l'exception de litispendance lorsque les conditions de sa recevabilité se trouvent réunies. Il pourra aussi résulter de la doctrine du forum non conveniens*, applicable dans les pays anglo-saxons […]* »[1696].

Le droit international privé français est traditionnellement sceptique quant à une solution de retrait sur le terrain de la compétence (A). Cette solution n'est cependant pas complètement inconnue du droit positif, ni bien entendu du droit comparé, et peut se fonder sur des considérations convaincantes (B).

A- La remise en cause de la distinction entre compétence et conflit de lois

455. Certes, la conception des fonctions du juge français est au centre de l'impossible application de la norme étrangère. Mais il convient tout d'abord d'avoir déterminé que la loi applicable est non étatique. Ainsi, cette exception n'intervient au sein de la méthode bilatérale qu'au stade de la détermination, voire de l'application de la norme étrangère, et non au stade de la compétence du juge français. On pourrait ainsi s'interroger sur le point de savoir si elle intervient avant ou après la confrontation avec l'ordre public international français[1697] et imaginer que, tout comme pour l'intervention de l'ordre public international, le constat de l'échec de l'application de la *lex causae* mène à l'application subsidiaire de la *lex fori*, et non à l'incompétence du juge français.

Tout dépend en réalité des raisons pour lesquelles intervient le mécanisme d'incompétence du juge français et, plus précisément, si l'incompétence intervient pour des motifs propres à la compétence (accès au juge, bonne administration de la justice) ou au conflit de lois (application de la loi étrangère). Comme nous avons pu le voir, une telle distinction n'est pas réellement pertinente. La difficulté nait à l'occasion de la détermination ou de l'application de la *lex causae*. Elle se fonde sur la fonction ou le rôle du juge français et de ses pouvoirs. Or ceux-ci connaissent leur traduction sur le plan matériel (absence d'effet juridique reconnu au mariage religieux célébré au sein de l'ordre juridique français) comme procédural (absence de recours possible contre les décisions d'instances religieuses devant le juge étatique).

Ainsi, la question qui se pose est plutôt celle de savoir quels intérêts sont sacrifiés lorsqu'on retient l'existence d'une exception d'incompétence et si de tels intérêts ne pourraient pas être autrement sauvegardés. Ceux-ci seront précisément analysés lorsque seront imaginées les conditions de déclenchement et la sanction de l'exception d'incompétence.

B- Les arguments en faveur d'une solution sur le terrain de la compétence

456. L'argument de la remise en cause de la distinction entre procédure et fond du droit écarté, on observera que de nombreux mécanismes instaurant une exception d'incompétence du for ont pu exister en droit positif français ou existent en droit comparé[1698] (1). Après l'étude de certains d'entre eux, on s'interrogera plus spécifiquement sur la justification d'adoption d'une exception d'incompétence lorsque sont en cause les normes non étatiques (2).

1696 « Le juge civil face aux droits religieux », *op. cit.*, n°6, p. 250.

1697 Cette réflexion est menée au sein de la *wesenseigene Zuständigkeit*, v. *infra* n°460.

1698 Sur le droit québécois et le droit japonais, non examinés ici, v. G. GOLDSTEIN, « Le *forum non conveniens* en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon », *RCDIP*, 2016, p. 51.

1) Les solutions connues du droit positif

457. L'arrêt *Levinçon* est venu en droit français consacrer une exception d'incompétence, par ailleurs fort critiquée (a). Il est possible de lui rapprocher la théorie allemande de la *wesensfremde Zuständigkeit* (b), à laquelle il a déjà été fait allusion, ainsi que, plus généralement, le *forum non conveniens* connu essentiellement du *common law* (c). Ces mécanismes venant rejeter la compétence ou l'exercice de la compétence du juge saisi d'un litige de droit international privé sont dans leur majorité connus et ne nécessitent pas d'importants développements. Leurs différences seront soulignées, permettant de mettre en lumière la diversité des modèles envisageables.

a) L'arrêt *Levinçon*

458. Largement commenté et critiqué, l'arrêt *Levinçon* consacre l'incompétence des tribunaux français fondée sur le caractère d'ordre public en droit étranger de la compétence des tribunaux non étatiques[1699]. En l'espèce, il était question du divorce de deux époux de confession juive et de nationalité russe, le droit russe applicable prévoyant la compétence exclusive des tribunaux rabbiniques[1700]. De manière simplifiée, la cour d'appel de Paris, tout comme la Cour de cassation, ont déduit du principe de séparation des matières civiles et religieuses l'impossibilité pour le juge français de se substituer à l'autorité religieuse étrangère, se déclarant incompétentes.

459. Le raisonnement est fondé, selon Ph. Théry dans sa thèse, sur les pouvoirs du juge : « *l'optique retenue dans l'arrêt* Levinçon *est originale : parce que la loi étrangère est une loi confessionnelle – et non parce que la Cour y voit une question de fond –, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge de l'appliquer en se substituant au juge étranger* »[1701]. Une telle analyse est en accord avec nos développements précédents[1702].

Que le défaut de pouvoir du juge se traduise par son incompétence a été critiqué en doctrine[1703]. En effet, il a été soutenu que le juge français peut se substituer à l'autorité étrangère. Il conviendrait d'ériger la possible substitution du juge français à l'autorité étrangère en postulat « *toutes les fois que la loi étrangère requiert un acte juridictionnel* »[1704], puisque les tribunaux ont cette fonction dans l'ordre juridique français, ou lorsque l'intervention judiciaire résulte d'une loi de police du for[1705]. Nous ne pouvons souscrire à une telle approche postulant l'identité de fonctions, puisque nous l'avons au

---

[1699] Solution remise en cause par : Cass, 20 juillet 1911, *Frenkel*, *Sirey* 1912, I, 132.

[1700] CA Paris, 17 mars 1902, *D.* 1903, 2, p. 49, spéc. p. 53 ; Civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, *Sirey* 1906, 1, p. 161 spéc. p. 166.

[1701] Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse, Paris II, 1981, n°62, p. 65.

[1702] Il lui a également été reproché d'avoir qualifié selon la *lege causae* le principe d'une intervention religieuse comme une question de fond, relevant de la loi nationale. Pour H. BATIFFOL et P. LAGARDE (*Droit international privé*, tome II, n°448, p. 91, cités par Ph. THERY, *op. cit.*, n°56, p. 59), *« il aurait fallu reconnaître au divorce religieux le caractère d'institution procédurale, et en déduire la compétence des tribunaux français pour les divorces demandés en France ».* Or, Ph. Théry montre que dans l'arrêt *Levinçon*, la Cour ne raisonnait pas sur le terrain des qualifications (n°56 et s., p. 60 et s.). V. déjà dans le même sens, E. BARTIN, note précitée, p. 51 (se demandant s'il n'y a pas « *une contradiction trop forte entre les deux procédures du droit israélite russe et la procédure du droit civil français pour que la seconde puisse se substituer en France au lieu et place de la première ?* ») et également : M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Economica, 1986, n°493 et s., p. 259 et s. ; F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé,* Bruxelles, F. Larcier, 1956, n°262 et s., p. 390 et s.

[1703] Ce n'est pas l'unique point qui a été critiqué. Pour l'ordre public par exemple, v. *supra* n°448.

[1704] Ph. THERY*, op. cit.*, n°64, p. 67. Plus précisément « *il faut conclure que la substitution des juridictions françaises aux organes étrangers, quels qu'ils soient, s'impose comme une conséquence naturelle de la souveraineté des Etats. On ne saurait, en effet, attendre de chaque Etat qu'il modèle son organisation judiciaire sur celle des autres, de sorte que l'on retrouve des correspondances d'un Etat à l'autre. Le particularisme doit s'effacer derrière la fin poursuivie – le prononcé d'un acte juridictionnel –. Le phénomène de la frontière impose ici d'admettre l'idée d'une équivalence fonctionnelle* » (n°68, p. 71 et s.).

[1705] Ph. THERY, *op. cit.,* n°70 et s., p. 73 et s.

moins partiellement niée lorsque sont en cause des ordres non étatiques[1706]. S'il n'est pas évident de déceler une identité de « fonctions juridictionnelles » entre deux juges étatiques (le juge français et le juge chinois par exemple), ce postulat est encore plus difficile à justifier en présence d'autorités non étatiques. Certes, les justifications apportées à la relevance des ordres non étatiques ont pour conséquence le déploiement d'une coordination sur le terrain du droit international privé. Mais de celle-ci ne peut être déduite une identité de fonctions des différentes autorités des différents ordres. La solution prônée en doctrine a par ailleurs certes pour avantage d'éviter le déni de justice[1707], mais pour inconvénient de procéder à une adaptation drastique de la norme non étatique étrangère : de cette substitution du juge français découle une substitution au moins partielle de la loi du for[1708], évinçant la *lex causae*.

b) La *wesensfremde Zuständigkeit*

460. Outre-Rhin, cette même difficulté a pu être identifiée et traitée sur le plan de la compétence internationale sous le terme de « *wesensfremde Zuständigkeit* »[1709]. Il s'agit de dénier la compétence internationale du for lorsque l'activité juridictionnelle découlant de l'application de la *lex causae* est de nature essentiellement étrangère aux fonctions du for[1710]. Le problème prend racine dans l'absence de fongibilité des droits procéduraux[1711] en raison de l'interdépendance dans l'ordre étranger de la procédure et du fond[1712]. La difficulté est principalement d'ordre technique et rejoint nos développements sur l'absence d'adaptation possible[1713]. Elle se distingue, comme il a pu être souligné[1714], de l'arrêt *Levinçon*, qui propose une solution non sur le plan technique, mais sur celui des valeurs. Le *Kammergericht* la situe sur un pied d'égalité avec l'exception d'ordre public international, bien que ses conséquences ne puissent être comparées : loin de retenir l'application subsidiaire de la *lex fori*, il s'agit de dénier la compétence internationale du for[1715].

Cette théorie a pu être sporadiquement consacrée par les tribunaux allemands[1716]. Un arrêt ancien a relevé la nature religieuse de l'intervention du tribunal étranger selon la norme (étatique)

1706 V. *supra* n°420 et s.

1707 « *[L]a règle ainsi énoncée rappelle exactement la solution retenue en matière de protection des incapables. Si la loi nationale exige du juge des pouvoirs que la loi française ne lui confère pas, il convient de lui substituer la loi française* », M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préf. de B. Goldman, Paris, Economica, 1986, n°496, p. 262 citant not. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, *op. cit.*, t. 2, n°499, p. 152.

1708 M.-L. NIBOYET-HOEGY, *ibid.*, n°495 et s., p. 260 et s.

1709 La jurisprudence a néanmoins abandonné cette théorie : *Bundesgerichtshof*, 6 octobre 2004, XII ZR 225/01, *IPRax* 2005, p. 346 (sur la désunion d'époux iranien d'après le droit chiite contre la volonté du mari).

1710 « *[D]ie Zuständigkeit des deutschen Gerichts ist zu verneinen, wenn die vom ausländischen Recht dem deutschen Gericht aufgegebene Tätigkeit* "*von den sonstigen richterlichen Aufgaben so wesensverschieden*" *ist,* "*dass sie völlig aus dem in Deutschland dem Richter obliegenden Aufgabenbereich*" *herausfällt* » (*Bundesgerichtshof,* 22 mars 1967, IV ZR 148/65, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen,* vol. 47, p. 324, spéc. p. 333 et s.).

1711 H. DÖLLE, « Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit », *Rabels Zeitschrift*, 1962, p. 201, spéc. p. 228.

1712 T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1995, p. 701 et s.

1713 L'adaptation peut être procédurale ou matérielle, concerner la *lex fori* comme la *lex causae*. Le droit international privé a en effet pour postulat une certaine flexibilité des exigences procédurales, qui n'est qu'un postulat, toutefois nécessaire.

1714 C. HERFARTH, *op. cit.*, spéc. p. 173, v. plus précisément *infra* n°473 et s.

1715 *Bundesgerichtshof,* 22 mars 1967, *BGHZ* 47, p. 324.

1716 V. déjà, au sujet de la séparation de corps du droit italien : *Reichsgericht*, 12 octobre 1903, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* 55, p. 345 (jurisprudence par la suite explicitement abandonnée : *Bundesgerichtshof*, 22 mars 1967, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen,* 47, p. 324, spéc. p. 331). C'est par cette dernière décision que la théorie est officiellement reconnue.

applicable afin de dénier sa compétence internationale[1717]. Dans une autre décision, il s'agissait, comme pour l'arrêt *Levinçon*, de la question du divorce d'époux de confession juive[1718].

Le critère de déclenchement de l'exception est celui de « l'essence fondamentalement étrangère » de la fonction du for qui serait exigée par l'application de la *lex causae*. Son intervention serait située hors de ses fonctions, telles que reconnues par son ordre juridique. Un tel critère peut paraitre manquer de précision : comment déterminer que la fonction attendue du for dans la résolution de l'espèce est étrangère à ses fonctions habituelles, se situe hors de son domaine d'activité ?

Un auteur a pu proposer de se référer au critère abstrait de la « jurisprudence » (et plus précisément au sens de « *contrôle juridique par application des règles de droit et dans le but de garantir son effectivité* »[1719], allant au-delà de la simple résolution du litige), qui viendrait caractériser la fonction propre au juge allemand[1720]. Pour des raisons exposées au début de ce travail au sujet de la définition du « droit »[1721], une telle proposition ne saurait s'avérer satisfaisante.

461. Les tribunaux allemands ont pu quant à eux faire référence, tout comme d'ailleurs le juge français dans l'arrêt *Levinçon*, à la réalisation d'un « rituel » étranger afin de dénier l'équivalence des fonctions[1722].

Ce critère est *a priori* satisfaisant : en effet, il a la capacité de cristalliser la situation des parties, de la transformer (l'époux devient divorcé, l'individu une victime…)[1723]. Le rituel accompagne nécessairement la résolution du litige et assure son succès : « *[l]es éléments répétitifs du rituel judiciaire contribuent à ce sentiment de justesse et de légitimité et lient symboliquement l'événement particulier à des idées plus générales et à des caractéristiques de l'ordre social. L'exactitude de la procédure confère une validité à l'action de fond. Elle donne le sentiment que les choses sont faites comme elles devraient l'être* »[1724].

Mais, précisément, si le rituel accompagne nécessairement la résolution du litige, il accompagne également de nombreuses autres cérémonies, interventions et paroles. Le rituel est difficilement saisissable. Il recoupe toute une série de phénomènes, et peut caractériser aussi bien l'intervention d'un tribunal étatique que non étatique, religieux ou non, coutumier ou non[1725]. Comment savoir si l'intervention du juge iranien étatique chiite est un rituel caractérisant l'existence d'une fonction

---

1717 *Kammergericht*, 27 novembre 1998 (3 UF 9545/97) : la dissolution du lien matrimonial devait être prononcée non pas par les tribunaux étatiques iraniens, mais par un tribunal islamique. « *Das Kammergericht sah sich in der Situation nicht in der Lage, die Rolle des Sharia-Richters zu übernehmen und die Ehe zu scheiden. Das Handeln eines geistlichen Gerichts nach Maßgabe religiöser Vorschriften sei einem deutschen Gericht wesensfremd* » (C. HERFARTH, « Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte », *IPRax* 2000, p. 101, spéc. p. 101).

1718 *Kammergericht*, 11 janvier 1993, n°3 WF 7099/92, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 1994, p. 839.

1719 « *Rechtskontrolle durch Rechtserkenntnis im Interesse der Effektivität des Rechts »* (C. HERFARTH, *op. cit.*, p. 218, traduction libre). L'auteur ajoute que le droit étranger serait toujours fondamentalement étranger au droit allemand lorsque l'activité exercée par les autorités étrangères ne consiste pas à faire valoir ou à garantir des droits subjectifs ou objectifs.

1720 C. HERFARTH, *op. cit.*, p. 216 et s.

1721 V. *supra* n°118 et s.

1722 *Kammergericht*, 11 janvier 1993, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 1994, p. 839 (« *weil der Rabbiner als Geistlicher tätig wird und sein Mitwirken Teil einer religiösen Handlung ist, dem deutsches Rechtsystem völlig wesensfremd ist* »).

1723 « *[W]hen properly performed, the ritual transforms the relations between the parties (as from claimant to creditor or from accused to adulterer). It also transforms the relations between the judge and other members of the society (from person to authority)* » (O. G. CHASE, J. S. BRUNER, *op. cit.*, p. 27).

1724 S. FALK MOORE, « Selection for Failure in a Small Social Field : Ritual, Concord, and Fraternal Strife among the Chagga Kilimanjaro, 1968–1969 », *in* B. G. Myerhoff and S. Falk Moore (éd.), *Symbols and Politics in Communal Ideology*, 1975, p. 109, spéc. p. 112 (traduction libre). V. également O. G. CHASE, J. S. BRUNER, *op. cit.*, p. 116 et s.

1725 V. *supra* n°431, et notamment la thèse défendue par A. GARAPON.

étrangère à celle du juge allemand ? Si la jurisprudence a pu considérer que le juge iranien chiite prenait en charge une fonction étrangère à celle du juge allemand[1726], la solution a été critiquée en doctrine[1727] et en droit positif[1728], au motif qu'il s'agissait d'une simple question de qualification, et que l'intervention du juge iranien était de nature purement processuelle, ne posant aucune difficulté d'adaptation. D'autre part, le terme de rituel n'est pas limité à l'intervention d'une autorité tierce aux parties. Il a en effet pu être considéré par le juge allemand que la remise du *guet* en tant que telle était un rituel religieux (et il le serait ainsi tout autant du *talaq* par exemple).

462. En réalité, la solution ne peut être purement technique. S'il convient de poser un seuil à partir duquel la fonction de l'autorité étrangère n'est plus équivalente à celle du for, nous verrons que le critère le plus satisfaisant semble être celui de la compétence de l'autorité non étatique selon le droit étatique étranger. La structure étatique semble en effet conférer une fongibilité des fonctions qui, certes, n'est jamais entière, mais qui a pour mérite de constituer un critère aisément utilisable[1729].

c) Le *forum non conveniens*

463. Le *forum non conveniens*[1730] est une abstention discrétionnaire du juge saisi : celui-ci peut décliner sa compétence et se dessaisir au profit d'un tribunal étranger qu'il estime mieux placé que lui pour trancher le litige. Le déclenchement de l'exception de *forum non conveniens* est caractérisé par sa souplesse et répond à plusieurs facteurs : de nature procédurale (un autre tribunal se reconnait compétent et permet un meilleur accès aux preuves, aux témoins) et/ou culturelle (non-familiarité des concepts) ; ou encore de nature plus politique (refus d'appliquer la loi étrangère[1731], intérêt pour le for de se saisir de l'affaire)[1732]. A de tels critères pourraient en être ajoutés de nouveaux. A titre d'exemple, ayant en vue la création d'un chef de compétence suffisamment large afin de juger des

---

1726 *Kammergericht*, 27 nov. 1998, n°3 UF 9545/7, *IPRax* 2000, p. 126.

1727 C. HERFARTH, *op. cit.*, p. 221.

1728 *Bundesgerichtshof*, 6 octobre 2004, XII ZR 225/01, v. en particulier les points I 3 à 6 de la décision.

1729 V. *infra* n°480 et s.

1730 B. SCHNEIDER, « Le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* (en droits écossais, anglais et américain) », *Revue internationale de droit comparé,* 1975, p. 601 ; A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens, étude de droit international privé comparé*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2003 ; R. FENTIMAN, « Forum non conveniens », *in* J. Basedow, G. Ruehl, F. Ferrari, P. De Miguel Asensio (dir.), *Encyclopedia of Private International Law*, Edward Elgar Publ., 2017, p. 797.

1731 Selon certaines conceptions, que nous ne partageons pas (v. *supra* n°125), l'application d'une loi étrangère peut constituer une atteinte à la souveraineté étatique.

1732 La décision-clé, opérant une distinction entre intérêts publics et privé, est aux Etats-Unis *Gulf Oil Co. v. Gilbert*, 330 U.S. 501, 508-09 (1947), telle que citée par K. FLOREY, « Choosing Tribal Law : Why State Choice-of-Law Principles Should Apply to Disputes with Tribal Contacts », 55 *American University Law Review*, 2006, p. 1627, spéc. p. 1693 ou encore par P. S. BERMAN, « Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism », *Wayne Law Review*, 51, 2005, p. 1105, spéc. p. 1129 et s.

Sur les intérêts privés, le jugement mentionne « *the relative ease of access to sources of proof ; availability of compulsory process for attendance of unwilling, and the cost of obtaining attendance of willing [...] witnesses ; possibility of view of premises, if view would be appropriate to the action ; and all other practical problems that make trial of a case easy, expeditious and inexpensive. There may also be questions as to the enforceability of a judgment if one is obtained* ».

Sur les intérêts publics : *« [a]dministrative difficulties follow for courts when litigation is piled up in congested centers instead of being handled at its origin. Jury duty is a burden that ought not to be imposed upon the people of a community which has no relation to the litigation. In cases which touch the affairs of many persons, there is reason for holding the trial in their view and reach rather than in remote parts of the country where they can learn of it by report only. There is a local interest in having localized controversies decided at home. There is an appropriateness, too, in having the trial of a diversity case in a forum that is at home with the state law that must govern the case, rather than having a court in some other forum untangle problems in conflict of laws, and in law foreign to itself* ».

réseaux internationaux d'entreprise, P. S. Berman propose ainsi d'adopter une conception de la compétence juridictionnelle « *fondée sur l'appartenance à la communauté et la responsabilité* »[1733].

Une telle exception vise notamment à lutter contre les risques du *forum shopping* de manière pragmatique[1734], fonctionnelle et « *radical[e]* », car elle « *s'accompagne d'une renonciation par le for à émettre une norme concrète* »[1735].

Il s'agit d'un mécanisme réflexif, dans la mesure où il est majoritairement procédé à une comparaison entre la position du tribunal saisi et celle du for alternatif à l'étranger, pour en déduire que le tribunal du for est moins bien placé que le tribunal étranger, en fonction des circonstances concrètes. Il s'agit ainsi d'une remise en cause capitale des vues du for sur le terrain de la compétence en raison du point de vue étranger.

464. Quelques éléments d'ordre général peuvent être soulignés.

Les critères envisagés pour faire jouer ce mécanisme sont principalement des critères relatifs à des considérations de bonne administration de la justice, propres au domaine de la compétence. A ces mêmes considérations répondent les critères dégagés par l'Institut de droit international à la session de Bruges objets de la résolution du 2 septembre 2003 sur les conditions d'intervention du *forum non conveniens* : critère d'ordre géographique (autorité plus proche du litige, peut réunir les moyens de preuve, assurer l'effectivité de la décision), droit applicable dont l'interprétation est toujours mieux assurée par le juge de l'Etat qui l'a édicté (souci de la qualité de la justice). Or, nous l'avons vu, l'intervention de l'exception d'incompétence peut être fondée sur des caractères plus substantiels, et notamment l'absence de fonction équivalente, appréciée du point de vue du juge français et se traduisant par des difficultés insurmontables d'adaptation. C'est également au regard du respect de l'intégrité du droit étranger que le juge doit refuser sa compétence. Ces éléments ne jouent traditionnellement qu'un rôle mineur pour faire jouer *forum non conveniens*. On relèvera toutefois l'argumentation du juge Rutherford dans la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario de 1998 *Kaddoura v Hammoud :* « *[j]e ne crois pas que, même si ces experts m'avaient transmis clairement toute la doctrine islamique, je pourrais appliquer une telle doctrine religieuse dans la résolution civile de ce différend, comme si j'appliquais un droit étranger. Le mufti Khan, en particulier, disait que seule une autorité religieuse islamique pouvait résoudre un tel conflit [...] [en ayant recours à] l'application appropriée des principes découlant du Saint Coran, des paroles du Prophète et de la jurisprudence religieuse* »[1736].

1733 P. S. BERMAN, *op. cit.*, spéc. p. 1130 (traduction libre). Cette proposition s'inscrit dans son approche « cosmopolite » (v. *supra* n°372). Comp. H. MUIR WATT, « Private international law beyond the schism », *Transnational Legal Theory,* 2011, vol. 2, n°3, p. 347.

1734 G. GOLDSTEIN, « Le *forum non conveniens* en droit civil… », *op. cit.* Le *forum non conveniens* peut cependant répondre à d'autres fonctions : équité procédurale, principe de proximité, droit matériel (protection de la partie faible, sauvegarde d'une politique étatique), ou encore coordination internationale. V. à ce propos : A. NUYTS, *op. cit.*, n°430 et s., p. 579 et s.

1735 P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, vol. 327, 2003, p. 9, spéc. n°207, p. 224.

1736 *Kaddoura v Hammoud* (1998) 44 RFL (4th) 228, 168 DLR (4th) 503 (OntGD), par. 27 et 29, cités par P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2013, p. 129. Nous soulignons. Plus précisément, on relèvera le par. 26 de la décision : « *Si, toutefois, comme cela semble être le cas ici, la question doit être déterminée à la lumière de doctrines et de principes religieux, le tribunal civil ne possède pas l'expertise requise et se retrouve, dans le contexte des États-Unis et peut-être du Canada également, au-delà de son territoire constitutionnel approprié* ».

Les pays civilistes sont réticents à l'intégration d'un tel mécanisme, notamment en raison de son caractère discrétionnaire[1737], proche de l'arbitraire[1738]. Cette souplesse est cependant au cœur du mécanisme et permet au juge de considérer un ensemble de facteurs concrets, mais aussi des éléments plus politiques (comme laisser l'autorité étrangère résoudre un litige considéré comme essentiel pour sa propre organisation[1739]). Cette discrétion a pour objectif de « *fournir généralement une certaine flexibilité en cas de règles de compétences trop larges ou trop rigides et constituer plus particulièrement un antidote au forum shopping qui peut en découler* »[1740]. Utiliser cet outil pour pallier les difficultés de l'application de normes non étatiques revient à réduire le domaine d'application de ce mécanisme, ainsi que d'en détourner quelque peu l'objet. On remarquera que le souci de sécurité juridique a pu mener certains pays de tradition civiliste à adopter ce mécanisme avec des conditions d'intervention restreintes, sur lesquelles nous reviendrons[1741].

465. En droit positif européen, c'est notamment en raison de l'insécurité juridique[1742] qu'il génère (ainsi que la remise en cause d'une « application uniforme des règles de compétence » européenne participant d'un objectif d'intégration) que cette technique a été jugée incompatible avec la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale[1743]. On observera cependant qu'une technique très proche a été retenue à l'article 12 du règlement Bruxelles II *ter* intitulé « Transfert de compétence à une juridiction d'un autre État membre »[1744] dans un objectif de protection de l'intérêt de l'enfant. Enfin, toujours au plan juridictionnel mais à un niveau international, la Convention de La Haye de

---

1737 V. cependant l'exception de litispendance, admise en droit positif interne comme européen, et constituant un cas particulier de *forum non conveniens*.

1738 G. GOLDSTEIN, *op. cit.*

1739 K. FLOREY, « Choosing Tribal Law : Why State Choice-of-Law Principles Should Apply to Disputes with Tribal Contacts », *American University Law Review*, 2006, vol. 55, p. 1627, spéc. p. 1693 : « *In international contexts, courts consider several central factors in deciding whether to dismiss the case on the ground of forum non conveniens, including issues pertaining to the private interests of the litigants, such as ease of access to sources of proof, the cost of obtaining witnesses, and other practical issues, as well as public factors such as the avoidance of the application of foreign law and the interest in "having localized controversies decided at home*". *Many of these factors will often be present in the Indian law context as well because the state court may be distant geographically from tribal occurrences and may be wholly unfamiliar with tribal law, and parties may find it difficult to bring witnesses to a sometimes-distant state court* » (nous soulignons).

1740 G. GOLDSTEIN, *op. cit.*

1741 V. *infra* n°473 (pour le Québec).

1742 V. entre autres, H. GAUDEMET-TALLON, « Le « *forum non conveniens* », une menace pour la convention de Bruxelles ? (À propos de trois arrêts anglais récents) », *RCDIP* 1991, p. 491 ; P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI* 2007 vol. 327, p. 9, n°275 et s., p. 286 et s.

1743 CJCE, 1er mars 2005, C-281/02, *Owusu*. La Cour invoque le « principe de la sécurité juridique, qui constitue l'un des objectifs de la convention de Bruxelles […] [et qui] ne serait pas pleinement garanti s'il fallait permettre à une juridiction compétente au titre de ladite convention de faire application de l'exception du *forum non conveniens* ». V. cependant pour l'utilisation de cette technique, encadrée : L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. Muir Watt, Paris, Economica, 2008, spéc. n°448, p. 383.
La doctrine est divisée sur la solution de la décision *Owusu* : certains auteurs sont plutôt favorables (M. L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 7ème éd., 2020, n°610 et s., p. 418 et s. ; v. pour une critique de la motivation de l'arrêt : P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La compétence internationale de l'Espace judiciaire européen », *in* B. Ancel *et al.*, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 397, spéc. p. 410 et s.), d'autres se prononcent en faveur du *forum non conveniens* au profit d'un État non-contractant (B. AUDIT, « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, vol. 305 (2003), n°399 et s., p. 389 et s. ; G. CUNIBERTI, M. WINKLER, note *JDI* 2005, p. 1177). V. également : D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*…, Tome I, n°176 et s., p. 225 et s.

1744 V. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*…, Tome II, n°783, p. 221 et s. Le juge saisi et compétent en vertu du règlement peut renvoyer l'affaire à une juridiction mieux placée. Il s'agit donc d'un mécanisme correctif.

1996 relative à la responsabilité parentale et les mesures de protection des enfants retient un mécanisme semblable dans son article 8.

Comme le souligne G. Goldstein, « *[l]e problème réel survient si ce risque est tel qu'il supprime toute velléité de s'ouvrir à ces relations ou encore s'il désavantage indument l'une des parties au profit de l'autre* »[1745]. Un encadrement du mécanisme du *forum non conveniens* peut être envisagé : caractère exceptionnel, détermination des critères de déclenchement de l'exception[1746], restriction du champ d'application de l'exception[1747]. Il est par ailleurs possible de vérifier l'existence d'un forum alternatif, au regard des circonstances du cas concret (et de la probabilité de sa saisine effective) ou de ne prononcer qu'un sursis à statuer[1748].

466. Certains auteurs plaident expressément pour l'adoption du *forum non conveniens* lorsqu'il s'agit d'appliquer des normes non étatiques. Les motifs invoqués pour donner droit à l'exception de *forum non conveniens* dans ce cas précis, hormis celle du défaut d'autorité ou de légitimité du for pour juger du litige[1749], sont les difficultés d'application en raison de différences culturelles, de faire témoigner certains individus[1750]. K. Florey plaide ainsi pour l'application de ce mécanisme aux Etats-Unis pour gérer les conflits de lois, toutefois de droit interne, notamment en raison de la souplesse qu'il permet et à la condition qu'il soit soumis à la vérification de l'existence d'un *forum* alternatif[1751]. On pourrait arguer que ce caractère souple, ou discrétionnaire, serait à favoriser dans un contexte culturel, en proposant des solutions sur mesure.

467. Le risque de l'admission d'un instrument aussi souple que le *forum non conveniens* est d'admettre celui-ci largement, dès lors que la norme étrangère connait une dimension religieuse ou coutumière (même de source étatique), y compris lorsque celle-ci ne nécessite pas l'intervention d'une autorité non étatique étrangère. Or, une telle acception du mécanisme revient à porter atteinte à l'accès à la justice, notamment lorsque les parties ont leur résidence habituelle sur le territoire de l'Etat français[1752]. Aussi, l'adoption d'un mécanisme aussi souple ne saurait être admise dans les relations internationales, où la réalité de la résolution effective du litige à l'étranger, notamment par une autorité non étatique, ne peut être garantie.

1745 G. GOLDSTEIN, *op. cit.*, spéc. p. 69.

1746 V. la Cour d'appel du Québec qui, dans l'affaire *Lexus Maritime inc. v. Oppenheim Forfait GmbH* (1998), CanLII 13001 (QC CA), Q.J. No. 2059 (QL), a énuméré les dix critères repris depuis par les tribunaux : lieu de résidence des parties et des témoins, des éléments de preuve, lieu de formation et d'exécution du contrat, existence d'une autre action en justice à l'étranger, situation des biens, loi applicable au litige, avantage pour le demandeur, intérêt du for, des parties, nécessité d'une procédure en exequatur à l'étranger.

1747 L'analyse de droit comparé japonais et québécois, menée par G. Goldstein, mène à retenir une restriction du domaine du *forum non conveniens* de la manière suivante : il serait admis « *en principe, sauf en cas d'accord exclusif d'élection de for en faveur du tribunal saisi (1), en cas de compétence impérative d'origine légale en faveur du même tribunal (2), en cas de contrat de consommation ou de travail (3) et lorsqu'il s'agit d'évaluer la compétence d'un tribunal étranger (compétence indirecte) (4). Ces quatre limites représentent en quelque sorte la clé d'une intégration acceptable de la doctrine du forum non conveniens au sein d'un système civiliste* » (*op. cit.*, spéc. p. 75 et s.).

1748 V. *infra* n°487 et s.

1749 V. les propos du juge Rutherford précités.

1750 V. les questions du respect du chef indien et de l'impossibilité culturelle de le faire témoigner devant les juridictions étatiques, v. A. RILES, « Cultural Conflicts », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, p. 273, spéc. p. 289.

1751 Dans le contexte américain, au regard des populations indigènes. K. FLOREY, *op. cit.*

1752 V. *infra* n°488.

2) La seule coordination envisageable est une coordination par le retrait

468. Les solutions de droit positif prévoyant une exception d'incompétence, ci-dessus exposées, sont caractérisées, notamment dans les pays civilistes, par leur rareté. Or, l'admission de la relevance de normes socioculturelles pourrait mener à une utilisation plus importante de ces mécanismes.

469. D'une part, nous l'avons vu, car le for se heurte à une impasse, dès lors qu'il tente à la fois de respecter l'intégrité du système étranger et de ne pas agir hors de ses fonctions[1753]. Dans ces cas précis, qui concernent la nécessité selon les normes étrangères de l'intervention d'une autorité non étatique exerçant une fonction inconnue du juge français (et qui se repère notamment par la reconnaissance par l'Etat étranger d'une compétence exclusive des autorités non étatiques), aucune adaptation de la *lex causae* comme de la *lex fori* n'est satisfaisante. Deux sortes de solutions ponctuelles destinées à assurer le concours d'autorités non étatiques à l'élaboration de la décision du juge étatique ont pu être cependant proposées.

Une première possibilité est la mise en œuvre de mécanismes de coopération avec les autorités non étatiques étrangères (conformément à notre analyse, il n'existe pas de « représentants locaux », c'est-à-dire agissant sur le territoire du for, des communautés non étatiques[1754]) : il conviendrait de solliciter et de recueillir l'avis d'autorités non étatiques et d'adapter la procédure du for pour intégrer celui-ci (à titre d'avis d'expert, d'acte notarial…)[1755]. Cette option semble *a priori* la meilleure, dans la mesure où elle ne suppose pas un rôle actif des parties obligées de saisir les instances non étatiques, mais règle la difficulté par un dialogue entre autorités. Nous considérons cependant cette approche comme peu réaliste. Elle suppose d'une part que l'ordre normatif non étatique soit suffisamment institué pour que les autorités non étatiques puissent être identifiées et interrogées ; d'autre part, il est peu probable que les autorités non étatiques consentent à se prononcer pour servir une procédure visant à l'application des normes non étatiques en dehors de leur communauté[1756]. Enfin, réduire le point de vue étranger à un « avis » est peu respectueux de l'ordre normatif étranger pourtant considéré tout aussi relevant qu'un ordre étatique.

La deuxième possibilité est d'enjoindre les parties à se tourner vers les instances non étatiques, l'intervention de l'autorité non étatique étant érigée en condition matérielle préalable à la résolution du litige. Tout comme l'exception d'incompétence, une telle solution est une solution de retrait, qui oblige les parties à engager un deuxième processus de règlement de leur conflit. A la différence de l'exception d'incompétence, une telle solution ne permet pas de rechercher un équilibre avec les méthodes de reconnaissance ; le litige sera jugé deux fois, et l'intervention de l'autorité étrangère ne sera pas considérée en tant que telle, alors même, nous venons de le souligner, que l'ordre non étatique est relevant.

L'exception d'incompétence du juge français est alors la seule solution satisfaisante.

1753 V. *supra* n°435 et s.

1754 Telle est la solution prônée par C. HERFARTH, pensée pour la problématique spécifique du *guet*. Une telle solution n'est pas généralisable à l'ensemble des ordres non étatiques.
Mais surtout, la communauté non étatique est caractérisée par son caractère local et restreint. Il ne peut exister de représentants locaux d'un ordre non étatique étranger. V. *supra* n°344 et s.

1755 V. sur ces options : P. GANNAGE, « Le juge civil face aux droits religieux », *in De Tous Horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Paris, Société de législation comparée, 2005, p. 247, spéc. p. 253 et s.

1756 *Ibid.*

470. Plus généralement, cette solution pourrait être adoptée dès lors que la première désignation d'un ordre juridique relevant se heurte à une impasse, celle du pluralisme normatif étranger[1757]. En l'absence de solution satisfaisante (la consultation des règles internes de conflit de lois, solution majoritairement adoptée en droit positif, n'étant pas considérée comme telle[1758]), l'exception d'incompétence du juge français est là encore la seule coordination possible.

Cette solution a été soutenue par P. Gannagé, relevant qu'« *elle cherche à préserver l'intégrité des systèmes juridiques religieux, à éviter leur dénaturation. Elle montre aussi que le procédé du conflit de lois, nécessairement fondé sur un minimum de parenté des droits en présence, ne peut toujours être utilisé pour régler les relations de systèmes aussi antinomiques. Ces relations s'accommodent beaucoup mieux des règles de conflit de juridiction* »[1759]. A titre général, on remarquera qu'un tel mécanisme permet d'éviter les difficultés liées à une mauvaise application de la norme étrangère en raison d'incompréhensions culturelles relatives au contenu de la norme étrangère. Comme le souligne K. Florey au sujet de l'application par les cours américaines du droit tribal amérindien[1760], il est difficile pour une cour non tribale d'appliquer les normes indiennes. Hormis l'éventuelle atteinte à la souveraineté indienne[1761], l'application de ces normes pose des problèmes pratiques sur le plan de la détermination de leur contenu, menant certains auteurs à systématiquement préconiser l'incompétence des juridictions étatiques[1762]. G. Valencia-Weber a ainsi pu montrer que les concepts délictuels de « négligence », en droit amérindien et en droit américain (« *carelessness* » et « *negligence* ») connaissaient des contenus différents, et que les cours américaines étaient susceptibles de ne pas effectuer justement la distinction[1763]. Si K. Florey se prononce en faveur de l'application de la norme tribale par les tribunaux étatiques, c'est cependant uniquement au regard du point de vue des mécanismes internes américains, parce que la difficulté se pose sur le terrain du pluralisme interne, met en jeu des considérations particulières et est susceptible d'être résolue par des outils propres à celui-ci. Ainsi, selon l'auteure, l'application de la norme non étatique permettrait tout d'abord son expansion (« *d'exercer une influence sur les transactions qui affectent les terres et les communautés tribales* »[1764]). L'auteure vient également minimiser la difficulté de compréhension du contenu de la norme tribale : les affaires portées devant le juge américain concernent principalement le droit délictuel ou commercial et non les relations complexes internes à la communauté non étatique ; le droit amérindien est

---

1757 V. *supra* n°397, 193 et s. On rappellera qu'il s'agit de l'hypothèse où l'Etat étranger désigné connait des règles de conflit juridictionnelles et/ou une procédure d'exequatur des décisions des instances non étatiques. Le pluralisme communautaire étranger est alors objectivement constatable.

1758 V. *supra* n°266 pour nos critiques relatives à cette solution.

1759 P. GANNAGE, « Les nouveaux aspects de la coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *in* P. Gannagé, *Au fil du temps, Etudes juridiques libanaises et proche-orientales*, Presses de l'université Saint-Joseph, 2013, p. 215, spéc. p. 224.

1760 K. FLOREY, *op. cit.*

1761 Nous ne développerons pas ce point, propre à la manière dont l'ordre juridique américain, et donc l'Etat américain, se conçoit.

1762 J. J. HARTE (« Validity of a State Court's Exercise of Concurrent Jurisdiction », *American Indian Law Review*, 21, 1997, p. 63, spéc. p. 92 et s.), tel que cite par K. FLOREY (*op. cit.*, p. 1689) : « *Harte argues, application of tribal law in state court may present insurmountable practical problems: state and tribal courts have significant value differences, and tribal law may be difficult or impossible to prove, especially since those most familiar with it are tribal elders who "may not speak English or may not be permitted to divulge important tribal ideals in an open and alien state courtroom". Harte acknowledges one danger of his approach: that, rather than dismissing a case, state courts will manipulate their choice-of-law principles in order to find that forum law, rather than tribal law, applies* » (nous soulignons).

1763 G. VALENCIA-WEBER, « Tribal Courts : Custom and Innovative Law », 24 *New Mexico Law Review*, 1994, p. 225, spéc. p. 255 et s.

1764 K. FLOREY, *op. cit.*, spéc. p. 1691 (traduction libre).

accessible à l'aide de bibliothèques en ligne et les pouvoirs du juge américain dans l'établissement du contenu du droit étrangers se sont élargis ; la coopération juridictionnelle s'est intensifiée (mécanismes de certification de questions juridiques posées par les juges étatiques aux cours tribales – l'auteure le souligne : une telle certification serait particulièrement utile lorsque les normes non étatiques mêlent droit substantiel et procédure – en permettant de garder une influence sur la décision de la juridiction étatique[1765]). Or, lorsque la question du pluralisme se pose sur le plan international et en matière familiale, l'application de la norme non étatique par les tribunaux étatiques ne peut s'appuyer sur l'ensemble de ces ressources et a des chances de se révéler moins satisfaisante.

Par ailleurs, une telle solution apparait plus respectueuse de l'harmonie internationale des solutions. Les décisions du for fondées sur une norme non étatique sont par principe insusceptible de reconnaissance par les ordres non étatiques[1766]. Ainsi, la seule possibilité de retenir une solution uniforme est de laisser les autorités non étatiques prendre une décision et de se poser la question de la reconnaissance de celle-ci. En effet, il apparait nécessaire de penser la question de la reconnaissance des décisions des autorités non étatiques[1767]. Comme le souligne P. Gannagé, « *le droit positif contemporain manifeste bien que les décisions judiciaires étrangères, qu'elles émanent d'autorités civiles ou religieuses peuvent être reconnues dans les divers Etats, si elles franchissent la barrière de l'ordre public* »[1768]. La question est davantage pressante en matière personnelle et familiale, afin d'éviter les rapports boiteux alors que les rapports familiaux connaissent une « *tendance à l'universalité* »[1769].

471. On remarquera également que la non-interférence semble être la solution la plus proche du droit positif pour ce qui est d'une coordination avec les normes religieuses considérées comme internes à l'ordre juridique du *for*, même si elle s'opère sur d'autres fondements. En droit français, le juge devrait se déclarer incompétent en vertu du principe de non-immixtion comme le souligne la cour d'appel de Paris dans une décision du 13 juillet 1977[1770] : le juge français, laïc, ne doit pas s'immiscer dans les dogmes religieux et est ainsi par principe incompétent pour connaitre du droit interne des Eglises. Les fondements retenus en droit interne (principe de non-immixtion, de séparation entre l'Eglise et l'Etat) ne sont certes pas ceux qu'on pourrait retenir au soutien de l'exception d'incompétence en droit international privé. Mais une telle solution met en évidence le caractère étranger de l'application de la norme religieuse et la conception que le juge français a de sa fonction[1771]. Par ailleurs, d'autres fondements, propres à la matière, peuvent venir au soutien de

---

1765 « *Certification would be particularly useful in situations where tribal substantive law is closely intertwined with procedure ; in such cases, tribes could preserve the integrity of traditional decision-making processes while retaining influence in the outcome of state-court cases* » (K. FLOREY, *op. cit.*, spéc. p. 1693).

1766 I. BARRIERE-BROUSSE, « Le juge civil face aux règles religieuses : aspects de droit international privé », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 4, 2009-2010, p. 399, spéc. n°13, p. 404.

1767 V. *infra* n°497 et s.

1768 *Op. et loc. cit.*

1769 E. JAYME, « Internationales Familienrecht heute », *Festschrift Müller-Freienfels*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1986, p. 341, spéc. p. 344 et s. (« *Familienrechte haben als Statusrechte eine Tendenz zur Universalität* »).

1770 CA Paris, 13 juillet 1977, *abbé Coache c. abbé Bellego*, *D.* 1977, p. 460.

1771 Qui peut être ailleurs entièrement différente. Un rapide détour par le droit canadien nous permet de constater que tel n'est pas le résultat auquel aboutit l'obligation d'accommodement raisonnable de droit canadien (sur la notion, v. *supra* n°259) qui prévoit, lorsqu'un conflit s'élève entre norme religieuse et norme étatique, l'application de la norme la plus « légitime » (S. RAMACIOTTI*, Laïcité et droit privé, op. cit.,* spéc. n°34, p. 50 ; v. également J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de Droit de McGill*, vol. 43, 1998, p. 325, spéc. p. 325).

cette solution de principe : respect de l'ordre étranger, absence de dénaturation des normes et impossible adaptation de la *lex fori*.

L'adoption d'une exception d'incompétence, une fois précisée, ne semble pas se heurter à de sérieuses résistances. Agir sur le terrain de la compétence du juge permet, au contraire d'une application de la *lex fori* à titre subsidiaire, de chercher une solution de coordination et est à ce titre à privilégier. Par ailleurs, ce mécanisme peut agir *ex post*, une fois le raisonnement conflictuel amorcé, et ne fait ainsi pas l'économie d'un raisonnement conflictuel (tout en remettant cependant en cause la stricte distinction, classique, entre conflit de lois et conflit de juridictions).

II- Le régime de l'exception d'incompétence

472. Le régime de l'exception d'incompétence doit rechercher un équilibre entre les directives suivantes : d'une part, éviter le déni de justice[1772], à juste titre mis en avant ; d'autre part, garantir l'intégrité de la norme étrangère, et, de manière moins pressante, garantir une certaine harmonie internationale des solutions. L'équilibre peut être trouvé à la fois sur le terrain des conditions de déclenchement de l'exception d'incompétence (A), comme sur celui de la sanction de l'exception ou de l'office du juge (B).

L'exception d'incompétence internationale du juge français est traditionnellement traitée sur le terrain des exceptions de procédure, et non des fins de non-recevoir[1773]. Une telle qualification a pu être critiquée, et dépend de ce qu'il faut comprendre par le défaut de « pouvoir » juridictionnel, dépendant à son tour de la vision retenue du droit international privé[1774]. Pour notre part, au regard de la construction retenue et des enjeux sous-jacents, la catégorie de l'exception de procédure parait plus satisfaisante : le sursis à statuer, qui sera défendu comme sanction de l'exception[1775], ne saurait être compatible avec le moyen de la fin de non-recevoir.

[1772] « *[L]e droit à un jugement, garant de l'effectivité du droit, doit à son tour être assuré d'effectivité. L'article 6 alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme est devenu le berceau de ce droit à un procès équitable : "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle". Or la Cour européenne des droits de l'homme relie directement cet article à la prohibition des dénis de justice, qu'elle n'hésite pas à classer dans la catégorie des principes fondamentaux universellement reconnus (CEDH, 21 fév. 1975, Golder) »* (L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé,* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, n°210, p. 189).

[1773] « [L]a contestation de la compétence internationale du juge français saisi constitue une exception de procédure » (Civ. 1, 23 mai 2012, *RTD Civ.*, 2012, p. 566, obs. Ph. THERY, revenant sur la solution de Civ. 1, 7 mai 2010, *RTD Civ.*, 2010, p. 808, obs. Ph. THERY). Une telle situation est critiquée, au motif que « *l'horizon du juge français s'arrêtant aux frontières de notre État, parce qu'il n'a pas le pouvoir de s'interroger sur la compétence des juridictions étrangères, c'est la fin de non-recevoir qui devrait être ici retenue, le plaideur étant démuni du droit d'agir au sens de demander au juge français de se prononcer sur la compétence d'un tribunal étranger* » (S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 10ème éd., 2021-2022, n°293.91, p. 937). Par ailleurs, c'est bien la qualification de fin de non-recevoir que retient l'arrêt *Levinçon*.
Elle doit donc être présentée *in limine litis*, avant tout examen au fond de l'affaire. Une telle solution ne parait pas devoir être remise en cause, et est satisfaisante au regard de la nécessité pratique pour les parties d'être fixées sur le juge a saisir. On remarquera que le *forum non conveniens* peut traditionnellement être invoqué à n'importe quel moment du litige (A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens…, op. cit.*, n°203, p. 295). La solution est cependant critiquée, et « *il a même été jugé que le fait pour le défendeur de ne pas invoquer l'incompétence du tribunal au début de la procédure pouvait être interprété comme une renonciation de sa part à se prévaloir ultérieurement de l'exception de* forum non conveniens » (n°203, p. 296).

[1774] V. Ph. THERY, *ibid.* et *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse, Paris II, 1981.

[1775] V. *infra* n°487 et s.

A- Les conditions de déclenchement de l'exception d'incompétence

473. A quelles conditions se déclenche l'exception d'incompétence ? De nombreux modèles existent, comme le souligne G. Goldstein dans son étude sur le droit japonais et québécois : « *dans les deux systèmes étudiés, on a envisagé de restreindre le domaine de ces doctrines [du forum non conveniens] de manière moins sévère, en les acceptant en principe, sauf en cas d'accord exclusif d'élection de for en faveur du tribunal saisi (1), en cas de compétence impérative d'origine légale en faveur du même tribunal (2), en cas de contrat de consommation ou de travail (3) et lorsqu'il s'agit d'évaluer la compétence d'un tribunal étranger (compétence indirecte) (4). Ces quatre limites représentent en quelque sorte la clé d'une intégration acceptable de la doctrine du forum non conveniens au sein d'un système civiliste* ».

Définir les conditions d'intervention du *forum non conveniens* vient atténuer la discrétion du *for* tout comme le risque d'arbitraire et ainsi réaliser davantage de sécurité juridique. Admettre des conditions strictes de déclenchement de l'exception d'incompétence remet frontalement en cause le *forum non conveniens*, dont nous avons vu que son intérêt réside précisément dans sa souplesse et sa mobilisation au regard de l'espèce concrète. Néanmoins, il ne s'agit pas ici de plaider pour l'introduction d'un mécanisme aussi général que le *forum non conveniens* mais de répondre à la difficulté précise de coordination avec les normes non étatiques.

Loin de retenir les conditions posées par G. Goldstein qui concernent relativement peu la matière personnelle et familiale, on reprendra les conditions déjà présentées, qui ne seront donc pas longuement explicitées : il s'agit de la nécessaire difficulté technique à laquelle est confrontée la méthode bilatérale (2) résultant d'une attention plus poussée en faveur du respect de l'intégrité de l'ordre étranger non étatique (1).

1) Le volet dogmatique : le respect de l'intégrité de l'ordre étranger

474. S'il a pu être soutenu que la théorie allemande de la « *wesensfremde Zuständigkeit* » se fondait uniquement sur une difficulté d'ordre technique[1776], l'exception d'incompétence ne peut en réalité se fonder uniquement sur de telles considérations, qui sont nécessairement liées à une certaine dogmatique. Celle-ci est davantage mise en lumière dans l'arrêt *Levinçon*, propre au droit international privé[1777], et soulignée par P. Gannagé : il s'agit en réalité du respect de l'intégrité de l'ordre étranger, et plus précisément selon l'auteur de « *préserver l'intégrité des systèmes juridiques religieux* »[1778] (ou plus généralement, pour notre étude, non étatiques).

Ce fondement est nécessaire (a) et ne peut cependant suffire à lui seul pour justifier de l'exception d'incompétence (c). Si le respect de l'intégrité de l'ordre étranger est un *Ordnungsinteresse*[1779], il n'entre

---

1776 C. HERFARTH, *op. cit.*, p. 174.

1777 On remarquera ainsi que l'obligation d'accommodement raisonnable du droit canadien se fonde sur la liberté de religion, ainsi que sur le droit constitutionnel à la non-discrimination (J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable… », *op. cit.*, spéc. p. 325).

1778 V. *supra* n°470. V. également plus récemment : M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Cross-border Family Cases and Religious Diversity : What Can Judges Do ? », *in* P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe, *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 143, spéc. p. 159.

1779 La distinction entre *Ordnungsinteresse*, *Verkehrsinteresse* et *Parteiinteresse* est de G. KEGEL (« Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht », *Festschrift Lewald,* Verlag Helbing&Lichtnhahn, Bâle, 1953, p. 259, spéc. p. 270 et s). En français, la traduction de H. BATIFFOL est *l'intérêt d'un ordre juridique* (« Les intérêts de droit international privé », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergeichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts : Bewahrung oder Wende ? Festschrift für Gerhard Kegel*, Alfred Metzner Verlag, 1977, p. 17).

pas en opposition avec l'intérêt des parties ayant saisi le for de voir leur litige résolu selon la justice française (b).

a) Le nécessaire fondement du respect de l'intégrité de l'ordre étranger

475. Sans l'intégration de cet objectif, il serait en effet possible de procéder à une adaptation de la *lex fori* ou de la *lex causae*, d'ordre matériel ou procédural. Le problème peut être résolu en amont au stade de la qualification, en qualifiant de condition de forme, ou de procédure, le projet des parties et en soumettant ainsi la résolution du litige à la *lex fori*. Il peut encore trouver solution en aval sur le terrain de l'ordre public international, en considérant que l'exigence véhiculée par la norme non étatique, appliquée au cas d'espèce, est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique français (liberté matrimoniale, égalité entre les sexes, etc.). Sur le terrain plus spécifique de l'adaptation, la difficulté se résout en réalité par le biais d'une omission de l'exigence posant une difficulté technique. Cette omission n'est pas satisfaisante au regard de l'harmonie internationale des solutions, même si la décision du juge français n'a que peu de chance d'être reconnue à l'étranger. En outre, demander aux parties de consulter l'autorité religieuse, au titre d'une condition matérielle préalable de la *lex fori*, revient à faire peser sur elles la charge de la réalisation de l'exigence. Tout comme pour l'exception d'incompétence, le for ne statuera pas avant la décision de l'autorité non étatique, permettant une certaine coordination. Or, dans ce cas, pourquoi ne pas faire jouer la reconnaissance des décisions ?

b) Un fondement ne heurtant pas l'intérêt des parties à l'obtention de la justice du for

476. Il a pu être soutenu que le respect de l'intégrité de l'ordre étranger heurte frontalement l'intérêt des parties ayant saisi le for. Par cette saisine, les parties auraient confiance dans la justice matérielle du for[1780].

Une telle argumentation ne saurait être satisfaisante. La confiance dans la justice du for ne concerne pas uniquement la justice matérielle et peut être étendue à celle de droit international privé. L'exception d'incompétence, comprise comme conséquence du principe de respect de l'intégrité de l'ordre étranger, a pour objectif de garantir que le litige soit tranché par des normes jugées comme les plus satisfaisantes par l'ordre du for au regard du litige particulier. Les intérêts des parties sont pris en compte, mais doivent être conciliés avec d'autres intérêts.

En réalité, les intérêts des parties ne sont concernés que dans l'hypothèse du déni de justice, sur laquelle nous reviendrons.

c) Un fondement manquant de précision

477. Le respect de l'intégrité de l'ordre étranger pourrait être invoqué dès lors qu'un ordre ou une norme non étatique est désigné par la méthode bilatérale revisitée[1781], voire dès lors que les différences culturelles entre les ordres à coordonner sont marquées.

Ce principe ne saurait constituer l'unique fondement de l'exception d'incompétence. En effet, adopté sans nuance aucune, il s'opposerait à l'application de toute norme étrangère, remettant en

[1780] C. HERFARTH, *op. cit.*, spéc. p. 194 et s.
[1781] V. *supra* n°397, 470.

cause la technique au cœur du droit international privé[1782]. Sans avoir davantage défini le régime de l'exception d'incompétence, on peut déjà retenir qu'une appréciation large de son champ d'application risquerait de constituer un déni de justice et nuirait à la résolution effective du litige, dans les cas où les parties ne peuvent saisir la juridiction non étatique étrangère.

Il convient donc d'une part de se pencher sur le régime de l'exception, mais également de ne retenir son déclenchement qu'à condition que le respect de l'intégrité de l'ordre étranger se double de difficultés techniques.

Le respect de l'intégrité de l'ordre étranger doit ainsi être précisé ou complété, et ne peut agir comme unique fondement de l'intervention de l'exception d'incompétence.

2) Le volet technique : difficultés de désignation de l'ordre non étatique et d'application de la norme non étatique

478. Les deux difficultés susceptibles de déclencher l'exception d'incompétence ont été d'ores et déjà présentées. Il s'agit d'une part de la difficulté de la deuxième désignation par le principe de proximité ou par le critère de proximité ou des légitimes attentes des parties (b) et des difficultés d'adaptation (a).

Ces difficultés ne sont certes pas insurmontables. Le principe de proximité ou le critère des légitimes prévisions des parties peuvent permettre la désignation d'un ordre non étatique et une adaptation est souvent possible. Toutefois, l'importance et la fréquence des difficultés pouvant apparaitre, lorsque le pluralisme étranger est caractérisé, justifient au regard du respect de l'intégrité de l'ordre non étatique le jeu de l'exception d'incompétence. Celle-ci sera mise en œuvre dès l'échec de la première désignation acté, c'est-à-dire en présence d'un pluralisme normatif selon l'Etat étranger. Ce critère a déjà pu être mis en avant : il déclenche l'intervention d'un second conflit de lois[1783].

a) Les difficultés d'adaptation

479. Ce point a déjà pu être développé, aussi pourra-t-on se contenter de rappeler que les difficultés d'adaptation apparaissent lorsque la norme étrangère désignée connait non pas uniquement une institution inconnue, mais nécessite également l'intervention d'une autorité

[1782] On pourrait ainsi soutenir que le possible transfert de sens ne peut être que rejeté dans son principe : la norme définie comme acte de langage est ancrée dans le social ; le sens de la norme étrangère ne peut donc être saisi lorsque, comme c'est le cas pour le juge français, l'interprète n'appartient pas au même univers de signification. Comme le souligne P. Legrand, la signification de la norme ne se résume pas à son énoncé, une norme ne peut s'expliquer uniquement par elle-même : « *[t]he meaning of the rule is an essential component of the rule ; it partakes in the ruleness of the rule. The meaning of a rule, however, is not entirely supplied by the rule itself ; a rule is never completely self-explanatory. To be sure, meaning emerges from the rule so that it must be assumed to exist, if virtually, within the rule itself even before the interpreter's interpretive apparatus is engaged. To this extent, the meaning of a rule is acontextual. But, meaning is also - and perhaps mostly - a function of the application of the rule by its interpreter, of the concretization or instantiation in the events the rule is meant to govern. This ascription of meaning is predisposed by the way the interpreter understands the context within which the rule arises and by the manner in which she frames her questions, this process being largely determined by who and where the interpreter is and, therefore, to an extent at least, by what she, in advance, wants and expects (unwittingly ?) the answers to be. The meaning of the rule is, accordingly, a function of the interpreter's epistemological assumptions which are themselves historically and culturally conditioned* » (P. LEGRAND, « The Impossibility of "Legal Transplants" », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (1), 1997, p. 111, spéc. p. 114).

[1783] V. *supra* n°397.

investie d'une fonction inconnue du juge français saisi. On retiendra ainsi que l'application de la loi non étatique par les tribunaux français n'est pas fondamentalement impossible[1784].

480. Reste à savoir comment caractériser le défaut d'équivalence entre les fonctions du juge français et celles de l'autorité étrangère.

Un premier indice de détermination du caractère inconnu de l'intervention de l'autorité exigée par la norme étrangère aurait pu être le suivant : le refus de l'ordre juridique français de prendre en charge certaines fonctions (religieuse, de recherche d'équilibre entre groupes sociaux infra-étatiques). Or, un tel critère, construit au regard de confrontations politiques considérées comme internes, ne saurait être pertinent en droit international privé. La détermination de ces fonctions est délicate. En témoigne le droit positif, qui montre que le for applique des normes religieuses étatiques considérées par l'Etat étranger comme religieuses (v. par exemple le cas du Maroc[1785]). A partir de quel moment considérer que la norme appliquée est « suffisamment » religieuse pour sortir des fonctions du juge français ? La source étatique de la norme suffit-elle ? *Quid* lorsque le droit étatique prévoit l'intervention d'une autorité non étatique (religieuse, coutumière) ?

481. Un indice davantage satisfaisant pour pouvoir affirmer que la fonction étrangère est inconnue du juge français saisi est l'existence, pour l'ordre étatique initialement désigné, de règles de compétence internes au profit d'autorités non étatiques. En effet, le critère le plus satisfaisant afin de caractériser l'absence d'équivalence des fonctions des instances de règlement de conflits semble être celui de la compétence de l'autorité communautaire aux yeux de l'ordre étatique étranger. Le bilatéralisme repose en effet sur le postulat de l'unité étatique comme unité universelle ; à ce titre existerait une fongibilité des lois[1786]. Ce postulat est critiqué, notamment hors de la « communauté de droits » de Savigny. Toutefois, le système est suffisamment efficace pour qu'il soit majoritairement maintenu. Or, une fois que l'Etat donne compétence à d'autres autorités que les siennes afin de connaitre du litige, il devient difficile de retenir que l'autorité non étatique est investie des mêmes fonctions que celles du juge français et ce notamment parce que l'autorité non étatique est précisément non étatique : à ce titre, elle prend nécessairement en charge d'autres fonctions, telles la création d'espaces de négociation ou le respect d'exigences d'ordre spirituel ou mythique[1787], qui assoient autrement la légitimité de son pouvoir.

On relèvera à nouveau une information déjà présentée : dans les Etats où l'existence de tribunaux religieux ou ethniques est reconnue officiellement (leurs décisions sont reconnues et subissent un contrôle, souvent léger, au regard de l'ordre public étatique), ceux-ci connaissent *a minima* des règles de compétence des autorités afin d'éviter l'existence de décisions contradictoires (Syrie, Jordanie, Iraq, Liban, Palestine ; par exemple, pour la dissolution du lien conjugal, est compétente l'autorité

[1784] Avant l'arrêt *Levinçon*, les tribunaux français appliquaient les normes religieuses lorsque celles-ci étaient familières du droit français (injure grave, immoralité, abandon). V. par exemple : Trib. civ. Seine, Lévine, 3 juillet 1896, *JDI* 1896, p. 848 ainsi que I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé…, op. cit.,* n°79, p. 57. V. toutefois *infra* n°430 et s.
[1785] L'application de la *charia* de l'islam sunnite, et plus particulièrement de l'école malékite, est assurée dans les textes par la désignation du roi du Maroc comme commandeur des croyants (article 41 de la constitution du Maroc de 2011). Suite aux « printemps arabes », la constitution de 2011 mentionne expressément que l'islam est la « religion de l'Etat » (article 3 de la constitution marocaine).
[1786] V. *supra* n°128.
[1787] V. *supra* n°422.

qui a célébré le mariage), voire de surcroit des règles de compétence d'autorités spécifiques pour les relations mixtes (Jordanie)[1788].

On reprendra un exemple exposé par V. Parisot dans sa thèse, utilisé par l'auteure afin de montrer l'inadéquation de la consultation des règles de conflit de lois internes étrangères afin de déterminer la loi applicable, car celles-ci ont été pensées pour résoudre le pluralisme interne : « *[s]upposons que des époux libanais se marient au Liban puis résident habituellement en Allemagne jusqu'à ce que la femme trompée se réfugie en France, un an avant d'y demander le divorce, et que l'époux volage retourne vivre au Liban. Le juge français, compétent sur le fondement de l'article 3, alinéa 1 a), 5e tiret, du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la matière matrimoniale et à la responsabilité parentale (Bruxelles II bis), doit, à défaut de choix de loi, appliquer la loi libanaise désignée par l'article 8 c) du règlement Rome III. La communauté catholique du mari, qui prône l'indissolubilité du mariage, et la communauté arménienne-orthodoxe de la femme, qui admet que l'adultère peut fonder une action en divorce, sont officiellement reconnues par l'État libanais. Le juge français doit alors, conformément à l'article 15 du règlement Rome III, déterminer la loi confessionnelle applicable suivant les règles en vigueur dans l'État libanais. Or, la loi du 2 avril 1951, compétente pour régler cette question, tranche le conflit par le biais d'une règle de compétence judiciaire : l'autorité confessionnelle qui a célébré le mariage est seule compétente pour prononcer, conformément à sa propre loi, la dissolution du lien conjugal, et notamment le divorce. L'on se trouve ainsi en présence d'une règle de conflit interne qui, pour être parfaitement opérationnelle au Liban, n'en est pas moins inutilisable par le juge français. Celui-ci ne saurait en effet suppléer ni l'autorité catholique du mari, ni l'autorité arménienne-orthodoxe de la femme* »[1789].

En accord avec l'auteure, on retiendra de surcroit que, la « règle de conflit interne » étrangère déplaçant la difficulté sur le terrain de la compétence, il serait assez logique de retenir un mécanisme équivalent en droit international privé, comme l'exception d'incompétence.

482. La solution n'est cependant pas aussi évidente lorsque la règle de conflit de lois interne étrangère prévoit un choix d'autorités. Là encore, il est possible de citer un exemple développé par V. Parisot : « *[a]u Cameroun par exemple, la saisine par un époux camerounais d'un tribunal civil, aux fins de demander le divorce, implique nécessairement une option en faveur du code civil (Cour suprême du Cameroun, arrêt n° 28/CC du 10 déc. 1981, Penant 1984. 337, rapp. Nzogang, note Lampué). Or, interpréter la saisine – par ces mêmes époux – du juge français, pris en tant que juridiction de droit moderne, comme une option en faveur du code civil camerounais, serait dénaturer le droit camerounais. Dans l'ordre interne en effet, le refus, par un Camerounais, de porter son différend devant la juridiction traditionnelle, qui connaît mieux ses habitudes et les usages et pratiques en vigueur dans sa tribu, peut traduire son désir d'être jugé par le droit dit « moderne ». Lorsque le litige s'élève en France en revanche, l'absence de toute possibilité de choix, entre une juridiction traditionnelle et une juridiction de droit moderne, ne permet pas d'analyser la saisine du juge français comme une volonté particulière de renoncer à l'application des règles coutumières. La règle de conflit interne camerounaise, fondée sur une option de juridiction, est donc inexploitable par le juge français* »[1790].

[1788] O. ELWAN, H. OST, « Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten, unter besonderer Berücksichtigung des griechisch-orthodoxen Kirchenrechts », *IPRax*, 1996, p. 389, spéc. p. 391.
[1789] V. PARISOT, « Conflits internes de lois », *Répertoire de droit international,* Dalloz, janv. 2015, spéc. n°97. Nous soulignons.
[1790] *Ibid.*

Dans un tel cas, et dans l'hypothèse où un ordre traditionnel aurait été désigné par la règle de conflit de lois bilatérale revisitée, convient-il de retenir l'exception d'incompétence du juge français ? Comment interpréter le choix laissé par la règle interne étatique étrangère ?

483. Une première solution serait de limiter les cas d'incompétence du juge français à l'existence d'une compétence exclusive des autorités non étatiques selon le droit étatique étranger initialement désigné. Cette solution peut se fonder sur une interprétation souple de l'arrêt *Levinçon* et a pour mérite de restreindre l'éventualité d'un déni de justice.

Cependant, on voit mal pour quelle raison exiger, du point de vue de l'Etat initialement désigné par la règle de conflit de lois, une compétence exclusive conférée aux autorités non étatiques. Après tout, il ne s'agit que d'un indice de l'absence d'équivalence des fonctions des institutions : il est possible que les juridictions de l'Etat désigné connaissent des fonctions différentes de celles du for. Mais surtout, si le litige entretient des liens plus étroits avec l'ordre coutumier au regard des circonstances de l'espèce, postuler l'équivalence des fonctions est, au regard du respect de l'intégrité de l'ordre non étatique, difficilement soutenable.

484. Il convient donc de se contenter de la possibilité, selon la loi de l'Etat initialement désigné, de saisir les autorités non étatiques afin de faire jouer l'exception. Cette solution permet à la fois de relever, au stade de la définition de la communauté non étatique, l'existence de celle-ci (reconnaissance étatique) que de caractériser l'absence de fonction équivalente exercée par l'autorité non étatique. Elle a pour mérite sa simplicité et un respect suffisant de l'intégrité du droit non étatique désigné, tout en ne procédant pas à un alignement radical sur le point de vue de l'Etat étranger.

b) Les difficultés de désignation de l'ordre non étatique

485. A retenir la nécessité d'une seconde désignation, une fois l'ordre étatique désigné par la règle de conflit de lois bilatérale classique, nous avons pu remarquer que le principe de proximité ou l'intervention des légitimes prévisions des parties représentait la technique de désignation seconde la plus satisfaisante. Ces rattachements connaissent cependant d'importantes limites, également mises en lumière[1791]. Il serait cependant possible de faire jouer l'exception d'incompétence dès lors que la situation de fait ne peut être, de manière évidente, rattachée à un unique ordre non étatique. Le principe de proximité (culturelle) se révèle en effet bien souvent insatisfaisant : lorsque les éléments de fait manquent ou ne concordent pas, la désignation d'une norme devient hasardeuse.

Deux solutions sont envisageables : faire jouer l'exception d'incompétence une fois l'impasse de la proximité ou des légitimes attentes des partis établie (au regard des circonstances de fait) ou systématiquement, dès lors que la première désignation échoue à désigner un ordre normatif unique. Puisque les conditions de fait propices au jeu de la proximité ou des légitimes attentes ne s'observent que rarement en pratique, et en raison de la simplicité de la solution, il convient de retenir cette dernière solution : une fois le constat de l'échec de la première désignation avéré, le for devrait ou pourrait se déclarer incompétent[1792].

[1791] V. *supra* n°398 et s.
[1792] V. *supra* n°397.

Aussi retiendra-t-on *a priori* cette dernière solution : lorsque la mise en œuvre de la règle de conflit de lois désigne un Etat comportant des règles de compétence (d'autorités) ou un système de reconnaissance ou d'exequatur des décisions de communautés non étatiques, le juge français pourra se déclarer incompétent. Le détour par les difficultés d'adaptation a pu montrer que même une fois les difficultés de désignation dépassées, la coordination avec les ordres non étatiques se heurte à des problèmes insurmontables. Afin d'éviter les écueils du principe de proximité, le retrait peut être mis en œuvre dès l'échec de la première désignation.

486. En conclusion, il convient de retenir le jeu de l'exception d'incompétence du juge français dès lors qu'il existe, du point de vue de l'Etat initialement désigné par la règle de conflit de lois, des règles de compétence d'autorités, ces autorités ayant été définies comme non étatiques au regard des critères dégagés dans ce travail. Peu importe à cet égard que ces règles de compétence prévoient une simple option en faveur de la saisine des autorités non étatiques.

Ainsi, il suffit que l'existence d'ordres non étatiques à l'étranger soit caractérisée[1793] pour faire jouer l'exception d'incompétence. Il s'agit d'une ouverture large de l'exception d'incompétence, faisant barrage à l'application de la norme non étatique.

B- Office du juge et sanction de l'exception : la réintégration de considérations d'ordre procédural

487. L'encadrement des conditions d'intervention de l'exception d'incompétence vient limiter le risque d'arbitraire, difficile à admettre dans les pays civilistes[1794]. On pourrait également éprouver certains doutes quant à la sanction de l'exception d'incompétence, qui prend le risque que l'affaire ne soit finalement pas traitée par l'autorité étrangère jugée mieux placée pour résoudre le litige (hypothèse du déni de justice).

Afin de pallier le risque du déni de justice, des considérations d'ordre procédural doivent être réintégrées dans l'architecture de l'exception d'incompétence. Ces considérations, principalement liées à une proximité géographique entre le for ou l'autorité étrangère et les parties aux fins d'une bonne administration de la justice, peuvent être intégrées tant au stade de l'office du juge qu'à celui de la sanction de l'exception en tant que telle[1795]. Sur ce dernier point, il est possible d'imaginer, comme le font les instruments supranationaux déjà mentionnés[1796] ou à l'instar de ce que prône la doctrine pour le mécanisme de litispendance internationale[1797], un sursis à statuer plutôt qu'un véritable dessaisissement du for. Celui-ci interviendrait à son initiative ou à la demande des parties.

[1793] V. *supra* n°168 et s.
[1794] G. GOLDSTEIN, *op. cit.*
[1795] V. par exemple : P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 11ème éd., 2023, n°578 et s., p. 430.
[1796] V. *supra* n°465.
[1797] V. sur le sujet, not. P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, n°457 et s., p. 313 et s. ; P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *op. cit.*, n°453, p. 526.
Il convient de noter que le dessaisissement reste la solution retenue par la jurisprudence française en matière de litispendance (Civ. 1, 10 janvier 2018, n°16-26197).
Pour une doctrine en faveur du dessaisissement : *GADIP*, n°54, spéc. n°14, p. 514 et s. ; P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *op. cit.*, n°578, p. 430.

La proposition suivante intègrera ces exigences procédurales tant lors du choix de la sanction de l'exception, c'est-à-dire du sursis à statuer et de la détermination de l'expiration de celui-ci (1), que par l'adjonction d'un pouvoir discrétionnaire du juge quant à la décision de surseoir à statuer (2).

1) Un sursis à statuer conditionné à la preuve de la saisine de l'autorité non étatique

488. Sans surprise, consacrer une exception d'incompétence peut porter atteinte à l'accès à la justice des parties ainsi qu'à leur besoin de protection juridique. En effet, l'argument principal, et traditionnellement opposé à l'introduction du mécanisme du *forum non conveniens*, est le risque du déni de justice[1798]. En se déclarant incompétent, le for ne traite pas de l'affaire pourtant portée devant lui et pour laquelle il s'est initialement reconnu compétent, tout en prenant le risque que celle-ci ne soit finalement pas traitée par le for alternatif considéré mieux placé pour résoudre l'affaire.

Ce risque serait d'autant plus grand lorsque l'autorité étrangère est géographiquement éloignée et que les parties ont leur résidence habituelle en France. Ces considérations, propres au domaine de la compétence internationale, viennent en effet rendre moins probable la saisine effective de l'autorité étrangère par les parties.

Aussi convient-il de prévoir comme sanction de l'exception d'incompétence un sursis à statuer, et de soumettre le dessaisissement à la preuve, dans un délai raisonnable apprécié au regard de l'espèce, de la saisine effective ultérieure de l'autorité non étatique étrangère. A la différence de l'exception de litispendance, dont une telle solution s'inspire, l'autorité étrangère n'a pas été saisie antérieurement à la juridiction française. Une fois la preuve de la saisine rapportée, le for sera dans l'obligation de se dessaisir du litige en se déclarant incompétent.

Toutefois, se contenter de la saisine de l'autorité non étatique étrangère afin d'ouvrir la coordination à d'autres formes de justice ne saurait être une solution entièrement satisfaisante. En effet, si l'autorité non étatique étrangère ne rend pas de décision susceptible d'être reconnue par les juridictions françaises, pourquoi penser la coordination ? A l'exception du litige purement interne étranger dont les juridictions françaises seraient éventuellement saisies, il s'agit bien de penser la reconnaissance de la décision étrangère ayant pour objet un litige ayant des liens avec l'ordre juridique français.

489. Tout dépend en réalité de la nature juridique de l'exception d'incompétence[1799].

A considérer qu'il s'agit de la négation de l'existence d'une compétence, la décision d'incompétence suite à la saisine de l'autorité non étatique étrangère est lourde de conséquences, puisqu'elle obtient autorité de chose jugée : les parties ne pourront saisir à nouveau le juge français, même lorsque la décision rendue par l'autorité étrangère se révèle à l'occasion du contrôle de la reconnaissance des décisions étrangères non susceptible de reconnaissance. Il apparait donc plus satisfaisant, afin de penser une coordination sur le terrain de la reconnaissance, d'exiger le sursis à statuer jusqu'à la preuve de l'existence d'une décision étrangère non étatique. De surcroit, celle-ci doit être susceptible de reconnaissance en France.

[1798] Avec le caractère discrétionnaire de ce mécanisme. V. *infra* n°490 et s.
[1799] V. déjà *supra* n°472 sur la qualification de fin de non-recevoir.

Il serait éventuellement possible de considérer qu'il s'agit plutôt du refus de l'exercice de la compétence ; G. Goldstein souligne ainsi que « *[l]'une des conséquences de cette distinction consiste à admettre que la décision rendue obtient autorité de chose jugée, si l'on se déclare incompétent. Au contraire, la question pourrait être posée à nouveau devant le même tribunal si la décision ne touche que l'*exercice *d'une compétence qui reste admise, si l'on prouve que les circonstances ont changé depuis la première décision* »[1800]. En l'absence de décision étrangère rendue, il serait possible de saisir à nouveau le juge français et de faire valoir cet élément de fait afin qu'il retienne cette fois-ci sa compétence. Le sursis à statuer expirerait alors lorsque la preuve de la saisine effective de l'autorité étrangère est rapportée.

Cette dernière conception de l'exception d'incompétence, comme affectant non l'existence, mais l'exercice de la compétence, permet plus aisément de sauvegarder deux intérêts, et est à ce titre à retenir. D'une part, elle permet de lutter contre le déni de justice, en permettant que la même question soit à nouveau posée devant le juge français, lorsque l'autorité étrangère ne rend pas de décision ou rend une décision non susceptible de reconnaissance. D'autre part, en raison de cette souplesse, il est mis un terme au sursis à statuer lorsque l'autorité étrangère est simplement saisie, ce qui permet une réalisation plus large de la justice non étatique par l'exécution spontanée de la décision étrangère par les parties.

Ainsi, les parties bénéficient d'une protection satisfaisante contre le risque du déni de justice.

2) Un sursis à statuer discrétionnaire

490. Au stade de l'office du juge dans la mise en œuvre de l'exception, plusieurs exigences sont à concilier : sécurité juridique, souplesse afin d'éviter le déni de justice et respect de l'intégrité de l'ordre étranger. A ce stade de l'examen, le risque de déni de justice a déjà été contrecarré par la mise en œuvre d'un sursis à statuer comme sanction de l'exception. Tant la sécurité juridique que le respect de l'intégrité de l'ordre étranger plaident en faveur d'une interprétation stricte de l'office du juge : celui-ci ne peut maintenir sa saisine alors que les conditions de l'exception d'incompétence sont réunies et que la preuve de l'existence de la saisine effective de l'autorité étrangère non étatique a été rapportée.

La solution, au regard de la sécurité juridique, ne fait aucun doute : il convient d'éviter que le for ne dispose d'une discrétion absolue. Certes, le juge possède toujours un pouvoir d'appréciation, dans la mesure où il lui revient de vérifier si les conditions d'intervention sont en l'espèce remplies (notamment l'absence d'ordre normatif unique désigné). Par ailleurs, le sursis à statuer lui-même dépend de la preuve de l'existence de la saisine effective de l'autorité étrangère, permettant de lutter contre l'éventualité d'un déni de justice. Néanmoins, ce pouvoir d'appréciation ne saurait aller au-delà et il conviendrait, contrairement à de nombreuses solutions de droit positif, de ne laisser aucune appréciation du juge français dans le déclenchement de l'exception d'incompétence.

En d'autres termes, le sursis à statuer serait obligatoire, le juge se bornant à rechercher si les conditions précédemment mises en lumière sont remplies.

491. Tel n'est pas le choix effectué par les textes européens, qui prévoient que le for peut surseoir à statuer ou se déclarer incompétent si un autre for apparait comme davantage *conveniens*. Ainsi,

[1800] G. GOLDSTEIN, *op. cit. Idem* : *Tehrani v Secretary of State for the Home department* [2007] AC 521 [25] : « *The exercice of jurisdiction is one matter, the exercise of the jurisdiction is another* ».

l'article 12 du règlement Bruxelles II *ter*, introduit « *une certaine souplesse dans l'appréciation par le juge saisi de l'opportunité de sa compétence en lui donnant la possibilité de renvoyer cette compétence à un autre Etat qui se révèle être plus proche du litige* »[1801]. En droit international privé de source interne, la solution en matière de litispendance est également celle de la souplesse[1802], au regard du risque qu'aucun jugement ne soit émis par l'autorité étrangère ou que celui-ci ne puisse être reconnu en France. Or précisément, l'expiration du sursis à statuer étant liée à l'existence d'une décision émise par l'autorité étrangère, un tel risque n'a pas lieu d'exister à ce stade.

492. En réalité, alors que le refus discrétionnaire de faire jouer l'exception d'incompétence a classiquement et dans l'article 12 du règlement Bruxelles II *ter* précité pour conséquence l'admission de la compétence du *for* et le jeu du conflit de lois, le refus de l'exception d'incompétence construite dans notre hypothèse a nécessairement pour conséquence le retour à la *lex fori* à titre subsidiaire : en effet, elle intervient *ex post*, précisément dans un cas d'échec de l'application de la *lex causae*.

En d'autres termes, la sanction de l'absence de prononcé du sursis à statuer est l'échec de la coordination. Une telle sanction, certes radicale, ne doit cependant pas heurter l'intérêt des parties à une solution relativement rapide de leur litige, ainsi que peu coûteuse. L'introduction d'un caractère discrétionnaire du pouvoir de surseoir à statuer permet une analyse multifactorielle et souple par le juge. Elle doit cependant être limitée à des considérations d'ordre procédural. Ainsi, lorsque les deux parties ont leur résidence habituelle dans l'Etat du *for*, et qu'elles n'entretiennent physiquement avec la communauté non étatique, dont les normes ont été désignées par le jeu de la méthode conflictuelle bilatérale revisitée, que de faibles liens (absence de retour dans l'Etat sur le territoire duquel la communauté se situe[1803]), le prononcé d'un sursis à statuer n'apparait pas une solution satisfaisante au regard d'une bonne administration de la justice. Il est en effet possible de déterminer cet état des lieux avant le prononcé du sursis à statuer et ainsi d'éviter un ralentissement non négligeable du procès.

A ce titre, il semble donc judicieux de prévoir l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge saisi dans la mise en œuvre du sursis à statuer, d'une certaine souplesse dans la mise en œuvre de l'exception d'incompétence.

493. Cette souplesse du sursis à statuer limite par ailleurs le risque d'incompatibilité de l'exception d'incompétence avec les conventions bilatérales conclues par la France, en raison des dispositions prévoyant un « libre accès » des ressortissants d'un Etat-contractant aux juridictions

---

[1801] P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°984, p. 746.
Art. 12 (1) du Règlement Bruxelles II *ter* : « Dans des circonstances exceptionnelles, si elle considère qu'une juridiction d'un autre État membre avec lequel l'enfant a un lien particulier serait mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant dans une affaire donnée, une juridiction d'un État membre qui est compétente pour connaître du fond de l'affaire peut, sur demande d'une partie ou de sa propre initiative, suspendre la procédure ou une partie spécifique de celle-ci et :
a) impartir un délai pour qu'une ou plusieurs des parties informent la juridiction de cet autre État membre de la procédure en cours et de la possibilité d'un transfert de compétence et saisissent cette juridiction d'une demande ; ou
b) demander à une juridiction d'un autre État membre d'exercer sa compétence conformément au paragraphe 2 » (nous soulignons).
V. également, pour ce qui est de la coordination avec les Etats tiers, l'article 33 du Règlement Bruxelles I refondu.
[1802] Civ. 1, 26 novembre 1974, *Miniera di Fragne* ; *GADIP* n°54, p. 504. Comp. avec le projet de code de droit international privé, mars 2022, art. 22.
[1803] V. *supra* n°340 et s. sur le caractère local de la communauté non étatique.

de l'autre. On peut citer à titre d'exemple l'article 36 de la Convention franco-sénégalaise[1804], selon lequel « les ressortissants de chacun des deux Etats ont, sur le territoire de l'autre, un libre accès aux juridictions pour la poursuite et la défense de leurs droits ». En matière de désunion, l'exception d'incompétence aurait pour conséquence de renvoyer les époux sénégalais aux autorités communautaires de leur pays et pourrait ainsi heurter l'accès au juge français de l'article 36 précité[1805]. Toutefois, on remarquera que le libre accès au juge français n'est pas foncièrement remis en cause, dans la mesure où celui-ci ne se dessaisit pas du litige mais sursoit à statuer jusqu'à la saisine effective de l'autorité non étatique. Cette sanction est par ailleurs dépendante des circonstances de l'espèce, permettant de retenir la compétence du juge français et l'application de la *lex fori* lorsque les circonstances de fait ne permettent pas de retenir qu'il est possible de saisir l'autorité étrangère non étatique.

494. Conclusion de la section. Aucun obstacle dirimant n'existe quant à l'adoption d'une exception d'incompétence. Que ce soit sur le terrain de la distinction entre compétence et conflit de lois, du déni de justice ou du caractère éventuellement discrétionnaire d'un tel mécanisme, arguments traditionnellement avancés à l'encontre du *forum non conveniens*, il est possible de penser des modalités particulières de l'exception venant préserver l'ensemble des intérêts s'opposant à l'introduction d'un tel mécanisme.

Ce mécanisme ne joue que pour pallier des difficultés précises, celle de l'absence de désignation satisfaisante à l'aide du principe de proximité ou du critère des légitimes attentes des parties, ainsi que celle de la nécessaire intervention d'une autorité selon la *lex causae*, autorité qui remplit en l'espèce des fonctions que le juge français ne peut prendre en charge parce qu'elles lui sont fondamentalement étrangères. L'adaptation entre le droit étranger et la *lex fori* (matérielle comme procédurale) se retrouve alors dans une impasse. La seule solution, qui peut cependant se prévaloir d'une réception, certes relative, en droit positif, est de venir dénier la compétence internationale du juge français.

Si une telle solution apparait justifiée au regard du respect de l'intégrité du droit étranger, elle ne saurait se penser sans un certain nombre de garde-fous venant limiter le risque de déni de justice ou d'arbitraire. D'une part, elle suppose des conditions de déclenchement précises : si l'exception trouve son fondement dans le respect de l'intégrité du droit étranger, celui-ci se manifeste nécessairement sur le plan technique par les difficultés de désignation de la norme étrangère non étatique ou d'adaptation, de la *lex causae* comme de la *lex fori*. D'autre part, sa sanction est le sursis à statuer, qui prend un terme à l'expiration d'un délai raisonnable pendant lequel doit être ramenée la preuve de la saisine effective de l'autorité non étatique étrangère. Ce sursis à statuer est à la discrétion du juge français, permettant de garantir une bonne administration de la justice.

495. Conclusion du chapitre. L'application par le juge français d'une norme non étatique peut soulever des difficultés insurmontables : impossibilité matérielle d'en établir la teneur, difficultés de

[1804] http://jafbase.fr/docAfrique/Senegal/Convention.pdf, dernière consultation le 31/08/2024.
[1805] Argument développé par le *Bundesgerichtshof,* dans la décision précitée du 6 octobre 2004, XII ZR 225/01 (*IPRax*, 2005, p. 346), spéc. point 5 de la décision, p. 351 (sur le fondement de la Convention bilatérale germano-iranienne dont l'origine est trouvée dans le traité du 17 février 1929).

qualification en sous-ordre, contrariété à l'ordre public international français, défaut de reconnaissance de la décision française par l'ordre non étatique. En particulier, la coordination avec les normes et ordres non étatiques se révèle extrêmement délicate lorsque les normes non étatiques prévoient l'intervention d'une autorité non étatique dans leur mise en œuvre, autorité assumant des fonctions inconnues du juge français (religieuses, de compromis entre différents groupes sociaux). Cette situation n'est pas inconnue du droit positif, français ou comparé, qui possède différents outils ou mécanismes, plus ou moins généraux, qui ont en commun de venir déplacer la difficulté sur le plan de la compétence internationale.

Une coordination par le retrait semble la solution la plus satisfaisante au regard du respect de l'intégrité des normes et ordres étrangers, de leur absence de dénaturation. Contre l'adoption d'un mécanisme général, caractérisé par sa souplesse et son caractère discrétionnaire à l'image du *forum non conveniens*, le recours à une exception d'incompétence semble, dans un ordre juridique civiliste, permettre de sauvegarder sécurité juridique et absence de déni de justice. Contrairement à ses avatars (en droit européen ; litispendance de source interne ou européenne), cette exception intervient en aval du raisonnement conflictuel, une fois l'échec de la désignation d'un ordre normatif unique avéré. Elle consiste en un sursis à statuer, qui expire à l'issue d'un délai raisonnable ou lorsque la preuve de la saisine effective de l'autorité non étatique est rapportée. En l'absence d'une telle saisine, ou à l'issue du délai, la *lex fori* sera nécessairement jugée applicable à titre subsidiaire.

Une telle solution se justifie également par la poursuite de l'harmonie internationale des solutions. Alors que la décision du juge français n'a que très peu de chance d'être reconnue par l'ordre normatif étranger (comme d'ailleurs pour nombre d'ordres juridiques d'inspiration religieuse), la démarche inverse n'est pas nécessairement vouée à l'échec. Or, si l'harmonie internationale des solutions n'est pas un objectif primordial en conflit de lois, elle reste en matière personnelle et familiale un des vecteurs d'une certaine stabilité de l'identité individuelle.

496. Conclusion du titre. Une précision doit être effectuée : si la désignation de la norme non étatique dans un second temps, à l'aide du principe de proximité, n'est pas inimaginable, il convient de retenir par principe le jeu de l'exception d'incompétence du juge français. Afin d'éviter la dénaturation du droit étranger, et en l'absence de désignation (et par la suite éventuellement d'adaptation) possible, l'exception d'incompétence se révèle comme le dernier moyen de penser la coordination avec les normes non étatiques. D'un point de vue unilatéraliste, la solution est également défendable : s'il convient de s'assurer de la volonté des communautés non étatiques à voir leurs normes s'appliquer, on ne peut s'empêcher d'observer que les règles définissant celles-ci peuvent être marquées par une grande complexité, notamment en cas de conversion religieuse, de mariage d'individus appartenant à différentes communautés ou avec un individu sans confession, ou encore lorsqu'il est nécessaire pour le jeu des méthodes de déterminer l'appartenance religieuse d'enfants nés hors mariage.

Aussi convient-il de rejeter la coordination avec les normes non étatiques à l'aide d'une méthode bilatérale revisitée, permettant de penser une désignation en deux temps au stade du rattachement.

Si l'unilatéralisme à titre général ne permet pas de penser le rapport entre normes étatique et non étatique, l'adoption dans un second temps, au sein de la méthode bilatérale et à l'étape du rattachement, d'un critère unilatéraliste, proximiste ou fondé sur l'intervention des légitimes attentes des parties ne se révèle pas satisfaisant. Un raisonnement proximiste aurait permis de passer partiellement outre le point de vue de l'ordre étatique initialement désigné, et de ses règles de conflit internes, lorsque celles-ci existent. Toutefois, le principe de proximité ne permet pas de faire le choix entre des ordres normatifs lorsque la situation ne s'intègre pas de manière évidente, au regard de l'ensemble de ses points de contact, dans un ordre normatif unique.

En matière familiale, l'intervention d'autorités non étatiques permet de catalyser par une procédure ritualisée une modification de l'état social des individus et de garantir son respect. En l'absence de figure étatique ou de monopole de la force publique, les autorités non étatiques jouent un rôle clé dans un domaine aussi important pour la survie du groupe. L'autorité doit alors être largement entendue, afin de respecter l'intégrité du contenu de l'ordre étranger. Une fois l'intervention de celle-ci considérée comme nécessaire (par exemple celle d'un tribunal rabbinique pour la remise et l'acceptation du *guet*), l'exception d'incompétence est le mécanisme le plus pertinent pour penser une coordination avec les ordres non étatiques.

L'introduction d'un mécanisme de retrait sur le plan de la compétence a pour effet de déplacer la question de la coordination sur le plan de la reconnaissance des décisions, sur laquelle il convient à présent de se pencher.

Titre 2 : L'extension du domaine des méthodes de reconnaissance à l'intervention d'une autorité non étatique

497. L'introduction d'une exception d'incompétence au stade de l'instance directe nécessite de penser la réception de la norme non étatique au stade de la production d'effets en France d'une décision d'une autorité non étatique ou d'une situation constituée à l'étranger au regard d'une norme non étatique. En d'autres termes, une extension des méthodes de reconnaissance à l'intervention d'une autorité non étatique doit logiquement être envisagée.

498. On ne s'intéressera pas à la question de la réception de la décision étatique étrangère rendue sur le fondement d'une norme ethnique ou religieuse, qui ne soulève aucune difficulté nouvelle particulière, à considérer toutefois que l'autorité étatique et religieuse ou ethnique étrangère est, de par sa nature étatique, équivalente à l'autorité française[1806] ; les difficultés éventuelles seront alors traitées sur le terrain de l'ordre public international. Il s'agit de l'hypothèse de l'Etat étranger se conçoit comme intrinsèquement comme religieux[1807]. On rappellera cependant que ce qui peut, aujourd'hui en droit positif, être considéré comme une « décision étatique » étrangère (décision d'une communauté religieuse reconnue au Liban par exemple) peut répondre à notre définition de la norme non étatique ; les conséquences de cette divergence de qualification seront étudiées.

499. Il s'agit ainsi fondamentalement de réinterroger la ligne de partage entre acte privé et décision[1808] à la lumière des développements précédents. Conformément à la tendance générale actuelle, il s'agit d'étendre le champ d'application des méthodes de reconnaissance, ici aux décisions non étatiques ou aux situations considérées comme cristallisées au regard de normes non étatiques.

Si, depuis les travaux de P. Mayer, la méthode de reconnaissance s'applique à une catégorie d'actes hétérogènes, les décisions[1809], les auteurs distinguent majoritairement les décisions au sens strict des autres actes publics[1810]. Le critère retenu est, d'après P. Mayer, « *le point de savoir si l'intervention de l'organe public purge l'acte privé de ses vices* »[1811], auquel correspond celui de Ch. Pamboukis, qui distingue selon le caractère réceptif ou volitif de l'intervention de l'autorité étatique étrangère au regard de la situation[1812], le caractère volitif étant nécessairement caractérisé pour les hypothèses contentieuses[1813]. A ces deux catégories répondent des régimes distincts : les méthodes de

---

1806 V. *supra* n°462.

1807 V. l'exemple du Maroc, *supra*, n°480 et note de bas de page.

1808 V. déjà, à titre général, *supra* n°172, et, par exemple, la question du traitement des « divorces privés » et l'ambiguïté de la qualification de « divorces privés religieux » (v. pour l'utilisation de cette expression : K. KAESLING, « The recognition of religious private divorces in Europe », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 257).

1809 P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé,* préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973.

1810 Faisant émerger le conflit d'autorités, mis en lumière par J.-P. NIBOYET (*Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938-1949, Tome VI, n°1571 et s., p. 1 et s.).

1811 P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions…, op. cit*., n°460, note 4, p. 284, tel que résumé par Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Paris, 1993, spéc. n°24, p. 23.

1812 Ch. PAMBOUKIS, *ibid*., n°18 et s., p. 21 et s. L'auteur distingue alors, au sein de la catégorie « acte public », l'acte « quasi public » et la « décision ».

1813 "*Cette donnée irréductible [le fait que les actes publics et les actes de juridiction gracieuse présentent des « incompatibilités absolues » avec les jugements qui résultent notamment du fait qu'ils interviennent dans une hypothèse non contentieuse] caractérise ces actes autant que leur aspect réceptif* » (R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Préf. J. Foyer, Paris, LGDJ, 2002, n°192, p. 121).

reconnaissance des décisions (au sens strict) et des actes publics répondent à des conditions différentes[1814]. De la catégorie « décisions » sont également distingués des actes privés (contrat[1815], sentence arbitrale[1816], *talaq* « nu »[1817]), qui sont fondamentalement soumis au conflit de lois (à l'exception des sentences arbitrales, soumises à un régime particulier de reconnaissance[1818]). Par ailleurs, la méthode de la reconnaissance tend à se déployer aux situations autrement « cristallisées » à l'étranger[1819], par exemple par l'intervention du facteur temps. Cette dernière hypothèse est particulièrement intéressante lorsque les parties se conforment à un acte d'une autorité non étatique non reconnue à l'étranger. Tel serait le cas du mariage prononcé par les autorités d'une communauté religieuse non reconnue, ne répondant donc pas à notre définition de la communauté non étatique.

Les méthodes de reconnaissance ont pour point commun d'être mises en œuvre lorsque le for est confronté à ce qu'il considère comme un « *fait accompli* »[1820], et ainsi à l'alternative entre la production ou la non-production d'effets (de droit français[1821]), dans l'ordre juridique français, des décisions ou situations étrangères. Le raisonnement conflictuel est évincé[1822]. Ces décisions et situations font l'objet d'une faveur en droit international privé, d'un libéralisme se manifestant par « *le relâchement des exigences tenant au rattachement la situation juridique avec l'ordre juridique étranger* »[1823].

En toute logique, la relevance de normes et ordres non étatiques en matière familiale ayant été établie, les méthodes de reconnaissance s'ouvrent aux décisions ou actes émis par une autorité non étatique (chapitre 1).

A titre exceptionnel, la mise en œuvre de la méthode de reconnaissance des situations pourrait permettre une coordination, certes indirecte, mais plus poussée avec les ordres non étatiques, ainsi qu'avec des communautés socioculturelles non reconnues. Au stade de la reconnaissance, l'arbitrage majeur jusqu'à présent retenu entre légitimité et effectivité[1824] peut, pour cette dernière hypothèse, être remis en question (chapitre 2).

1814 « *Les conditions de l'efficacité des actes publics sont ainsi bien distinctes de celles qui ont été vues à propos des jugements étrangers. Il importe donc de qualifier exactement la norme étrangère invoquée en France* ». Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit.* (instaurant un contrôle gradué fonction de l'acte en cause).

1815 V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, Paris, GLN éd., 1990.

1816 P. MAYER, *op. cit.*, n°17, p. 12; S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004.

1817 L'expression est de R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, qui distingue « *le « formalisme » de la répudiation exigé par le droit musulman ad solemnitatem et son enveloppe procédurale [étatique]* » (*op. cit.*, n°116, p. 51). V. déjà *supra* n°432.

1818 S. BOLLEE, *op. cit.*

1819 V. *supra* n°152 sur cette méthode et ses avantages quant à une coordination avec les ordres non étatiques.

1820 Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 481.

1821 D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275, spéc. p. 284.

1822 S. BOLLEE, préconisant comme « compensation » la prise en compte des lois de police étrangères (« L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307).

1823 *Ibid.*, n°11. A la différence de la soumission des sentences arbitrales à la méthode de reconnaissance, qui se traduit par une faveur d'ordre matériel.

1824 V. *supra* n°96 et s.

Chapitre 1 : L'ouverture des méthodes de reconnaissance à l'intervention d'une autorité d'un ordre non étatique

500. En présence d'une décision étrangère, l'objectif primordial poursuivi par les méthodes de droit international privé justifiant le passage à une méthode unilatérale et libérale est celui de l'harmonie internationale des solutions, venant renforcer, notamment du point de vue des parties, la sécurité juridique. Il s'agit d'éviter les « rapports boiteux », objectif particulièrement présent en matière personnelle et familiale, et ainsi d'éviter que des époux considérés comme divorcés dans un ordre juridique ne le soient pas dans un autre, entrainant l'impossibilité de se remarier dans ce dernier et, en cas de remariage, d'y faire reconnaître les conséquences de ce nouveau mariage.

En droit positif et en l'état actuel de la doctrine, les « décisions » de communautés non étatiques, au sens où nous les avons définies, sont susceptibles de deux qualifications majeures (acte public ou acte privé), ainsi que de plusieurs sous-qualifications (décision au sens strict, acte public ou quasi-public pour les actes publics au sens large ; simple fait, contrat ou sentence arbitrale[1825] pour les actes privés). A prendre l'exemple de la remise du *guet* et de son acceptation devant un tribunal rabbinique, l'acte de ce dernier pourrait être qualifié de décision ou d'acte quasi public[1826] lorsque l'autorité religieuse est considérée comme étatique. La remise du *guet* est encore qualifiée de simple fait[1827] (l'intervention du rabbin n'est pas considérée par le for, qui se concentre alors sur la remise du *guet* en tant que telle, assimilée à une répudiation sans intervention constitutive d'une autorité étatique). L'intervention du tribunal rabbinique, lorsque celui-ci n'est pas considéré comme une autorité étatique, pourrait encore mener à retenir la qualification de sentence arbitrale[1828], notamment lorsqu'il est question des relations économiques du droit de la famille[1829].

501. Plusieurs critères jouent un rôle primordial dans le passage des méthodes conflictuelles aux méthodes de reconnaissance. L'enjeu est celui de l'intensité du contrôle effectué par le for (de la

---

[1825] Civ. 1, 17 mars 2021, n°20-14.360, note G. KESSLER, AJ Famille 2021, p. 315. Dans sa décision, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans une affaire relative aux droits de succession, relève l'incompétence des juridictions françaises en vertu des articles 1506 et 1448 du Code de procédure civile laissant l'arbitre, en l'espèce le tribunal arbitral rabbinique israélien, vérifier sa compétence au regard de la convention d'arbitrage (v. *infra* n°571).

[1826] Le droit positif et la doctrine proposent diverses solutions. Une analyse distingue selon la nature contentieuse ou non de la désunion (Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit.*). D'autres ont pu proposer ou proposent une qualification unitaire de l'intervention du rabbin, comme acte privé (H. GAUDEMET-TALLON, « Divorce », *Jurisclasseur de droit international*, fascicule 547-30, n°5 à 9 : « *de caractère essentiellement privé (...) dans la mesure où les autorités (religieuses ou non) n'y exercent pas de rôle juridictionnel, se bornant à prendre acte de la volonté de répudiation* » - cette analyse n'est cependant pas reprise dans la dernière mise à jour du fascicule) ou comme acte public, notamment au regard de son pouvoir de contrainte ou de son pouvoir d'appréciation (I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé : le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Lugano, Edis, 2005, n°97, p. 68). V. *infra* n°539 pour des précisions.

[1827] I. STIBBE, *ibid.*, n°91, p. 64.

[1828] F.-X. LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. Arb.* 2013-1, p. 57. Pour nos réflexions sur l'arbitrage, v. *infra* n°569 et s.

[1829] L'arbitrage international est limité selon les vues de l'ordre juridique étatique français aux litiges qui ne relèvent pas d'une matière d'ordre public. Peuvent ainsi bénéficier du régime de reconnaissance des sentences arbitrales, par exemple, les arbitrages religieux en matière familiale relatifs à de tels intérêts. V. *infra* n°570.
A la différence de l'arbitrage interne, une difficulté supplémentaire pourrait apparaitre, celle des litiges non économiques arbitrables à l'étranger. V. sur le sujet : W. BEN HAMIDA, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », *Annuaire Droit et Religions*, 2017-2018, vol. 9, p. 410, spéc. p. 418.

norme étrangère, de l'acte public non décisionnel étranger, ou encore de la situation litigieuse), mais aussi, en amont, celui de l'existence d'une reconnaissance *de plano* en matière personnelle et familiale[1830]. On peut citer le critère de la fonction de l'autorité étrangère : mission juridictionnelle (jugement *versus* décision au sens large, autre acte public), intervention volitive ou réceptive (actes quasi publics[1831] constitutifs *versus* actes quasi publics déclaratifs). On peut encore retenir le critère de la nature de la norme-base de déduction de la solution (décision *versus* règle), la décision étant nécessairement comprise comme émanant d'une autorité étatique étrangère (décision *versus* sentence, contrat ou autres actes privés).

502. A la différence du conflit de lois, la difficulté se pose dans des termes différents du fait de l'intervention passée de l'autorité étrangère et donc des possibilités de déterminer la fonction concrète de l'organe étranger dans l'élaboration de l'acte dont il est en l'espèce demandé la reconnaissance[1832] ainsi que les caractéristiques de celui-ci.

Une fois la définition et la relevance de l'ordre non étatique établies, la délimitation entre norme et acte privé se redessine nécessairement[1833]. Il s'agit dans ce chapitre de s'intéresser à titre principal aux normes non étatiques, telles qu'elles ont pu être précédemment définies, même si la question de partage entre les méthodes ne peut se passer d'une incursion dans le domaine de la méthode de reconnaissance des situations et donc également d'un examen des situations en tant que telles. Une extension des méthodes de reconnaissance aux normes non étatiques permet d'assurer une coordination avec les ordres non étatiques, corolaire nécessaire à la proposition d'introduction d'une exception d'incompétence sur le terrain du conflit de lois.

Reste à vérifier que la « norme » non étatique répond aux différentes exigences permettant une soumission au régime de la reconnaissance, ainsi que de s'interroger sur les contours de ce dernier, les conditions de reconnaissance pouvant différer selon qu'il s'agit de la reconnaissance d'un jugement étranger ou d'un autre acte public[1834] (section 2).

Quoiqu'il en soit de la qualification retenue des actes des ordres non étatiques, le raisonnement en termes de reconnaissance implique nécessairement une réflexion sur la détermination de la compétence internationale indirecte de l'autorité non étatique étrangère (section 1).

[1830] « Les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'*exequatur*, sauf le cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes » (Req. 3 mars 1930, *Hainard*, S. 1930. 1. 377, note J.-P. NIBOYET ; *RCDIP* 1931, p. 329, note J.-P. NIBOYET).
Les arrêt *Bulkley* (Civ., 28 février 1860, *GADIP* n°4) et *De Wrède* (Civ., 9 mai 1900, *GADIP* n°10) admettent la reconnaissance *de plano* pour les jugements constitutifs en matière d'état et de capacité des personnes ainsi que pour les jugements déclaratifs intervenant dans ces matières. Celle-ci revient à faire produire à un jugement étranger « *tous ses effets indépendants de l'exécution, à savoir l'efficacité substantielle et l'autorité de la chose jugée sans les soumettre à une procédure de contrôle a priori* » (O. CACHARD, P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 9ème éd., n°739, p. 428).
[1831] Pour une définition, v. *supra* n°146 ; pour des approfondissements, v. *infra* n°546 et s.
[1832] V. ainsi Ch. PAMBOUKIS, qui, pour qualifier l'acte en cause d'acte quasi public ou de décision, recherche « *la fonction effectivement assumée. Il ne faut pas classer de façon abstraite l'acte de répudiation (tout acte de répudiation) dans la catégorie « acte quasi public » ou « décision », mais rechercher de façon concrète la fonction de l'organe étranger afin de déterminer la teneur exacte de l'acte* » (*L'acte public étranger… op.cit.*, n°125, p. 87).
[1833] V. déjà *supra* n°172.
[1834] V. notamment la position de Ch. PAMBOUKIS, *infra* n°547 (en note de bas de page).

Section 1 : Le maintien d'un critère organique : l'appartenance de l'autorité intervenante à un ordre normatif étranger

504. Les communautés socioculturelles non étatiques, au sens où nous les avons définies, reposent sur une légitimité et une effectivité suffisantes pour caractériser leur relevance, et l'érection de leurs produits ou volontés en « normes étrangères ». La première implication d'une telle redéfinition de la norme étrangère est l'augmentation du nombre de normes étrangères, que celles-ci soient des règles ou des décisions au sens dégagé par P. Mayer. Ainsi, certains divorces, jusqu'alors qualifiés de « privés », deviennent des divorces judiciaires ou « quasi publics ». Le critère n'est plus la nature étatique de l'autorité émettrice de la norme, mais sa qualité d'organe d'un ordre relevant pour les besoins du droit international privé des personnes et de la famille.

Le changement n'est pas si radical qu'il pourrait paraitre à première vue : ce n'est certes plus la nature étatique de l'autorité qui importe[1835], mais sa qualité d'organe d'un ordre normatif ou juridique. Le critère peut paraitre moins évident, la nature étatique de l'autorité étant plus facile à déceler que l'appartenance de l'autorité à une communauté non étatique[1836]. Mais, tout comme la question de la nature étatique de l'organe, il s'agit d'une détermination qui se situe en amont, indépendamment du contenu-même de l'acte ou de la nature précise de l'intervention d'une autorité. On reviendra rapidement, au regard des hésitations découlant de la confrontation avec certaines cultures normatives éloignées de celle de l'ordre juridique français, sur des considérations déjà mises en avant au début de ce travail, justifiant le choix de ce critère sur le terrain spécifique de la reconnaissance. On rejettera ainsi corrélativement, comme critère premier et unique du déclenchement de méthodes de reconnaissance, un critère fonctionnel, relatif non à l'autorité mais à la « fonction » de l'acte : celui de venir trancher un conflit (I). Le contrôle de la compétence indirecte de l'autorité intervenante, condition de reconnaissance, doit être précisé en raison de l'admission de la relevance d'ordres non étatiques (II).

I- Les justifications du recours à un critère organique au stade de la reconnaissance

505. Les justifications du recours au critère de l'appartenance de l'autorité rendant une décision à un ordre normatif sont celles relatives à la relevance de ces ordres, spécialement en matière personnelle et familiale ainsi qu'à l'approche institutionnelle retenue[1837]. A ce titre, rappelons brièvement que cette relevance est elle-même justifiée par des considérations d'effectivité et de légitimité[1838]. L'arbitrage effectué entre ces deux exigences sur le terrain de la création d'une situation pourrait-il mener à une solution différente au stade de la reconnaissance ? Tel serait le cas si l'effectivité était jugée primer sur la légitimité. La tentation apparait grande de soumettre à la

[1835] V. *supra* n°193 et s. : la reconnaissance d'une décision ou d'un acte public est partiellement conditionnée au fait que l'autorité qui est intervenue est dotée de compétence selon l'Etat sur le territoire duquel elle se trouve.
[1836] Telle que définie *supra* n°326 et s., son identification s'effectuant principalement par l'intermédiaire de la confrontation à un archétype.
[1837] V. *supra* n°170 et s.
[1838] V. *supra* n°96 et s.

méthode de reconnaissance des actes déployant une sanction sociale forte sans intervention d'aucune autorité extérieure aux parties (A) ou des actes émanant d'une autorité exerçant une « fonction juridictionnelle », autorité n'appartenant cependant à aucun ordre normatif au sens précédemment retenu (B).

A- Le rejet de rituels sociaux ne nécessitant pas l'intervention d'une autorité tierce aux parties

506. La cristallisation de la situation est le critère aujourd'hui le plus souvent avancé en doctrine pour justifier le passage des méthodes de conflit de lois aux méthodes de reconnaissance (décisions au sens strict inclues)[1839]. Celle-ci s'opère classiquement par l'intervention d'une autorité étatique « enracinant » le rapport juridique[1840]. Si l'intervention d'une autorité publique n'est éventuellement pas l'unique critère nécessaire au changement de méthode, elle reste un critère essentiel à celui-ci.

507. La difficulté ne peut se résoudre autrement, pour les ordres non étatiques, que sur le terrain de la qualification d'organe de l'ordre normatif. Cette solution est nécessairement insatisfaisante au regard du phénomène d'autorité, qui peut être radicalement différent dans des ordres qui ne répondent pas à l'archétype de soumission[1841] ou qui connaissent un contrôle social interindividuel particulièrement fort (groupe restreint, absence d'organe identifié, contrôle social diffus[1842]). Toutefois, l'intervention d'un organe d'un ordre normatif non étatique reste la seule solution envisageable, car elle seule permet de s'assurer que la norme est rendue au nom de la communauté non étatique et répond aux conditions d'effectivité et de légitimité[1843]. Une telle affirmation est en accord avec la définition de l'ordre normatif précédemment retenue : il s'agit d'un ordre institutionnel caractérisé *a minima* par l'existence d'une instance de règlement des conflits[1844]. Au-delà du règlement des conflits, la décision émanant d'un organe de l'ordre non étatique soulève les mêmes questions que celles émises par un organe étatique. Dans tous les cas, qu'il soit question de règle ou de décision, de décision juridictionnelle ou non, la norme non étatique émane d'une autorité extérieure aux parties, condition de son identification et de sa relevance[1845].

508. Le simple rituel, en dehors de toute intervention d'une autorité non étatique, ne saurait ainsi suffire. Et ce, même si celui-ci connait, pour les parties, des effets d'une intensité aussi forte que ceux d'un jugement étatique : sanction sociale, sentiment d'obligation, absence de remise en cause[1846]. Tout comme la décision étatique, le rituel social effectué sans recours à une autorité

1839 P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *in* M.-N. Jobard-Bachellier *et al.*, *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547, spéc. n°29, p. 562 ; Ch. PAMBOUKIS, « Acte public étranger (internat.) », *Répertoire de droit international*, Dalloz, Septembre 2019, n°11.

1840 Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit.*, n°181, p. 125, P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions…, op. cit.*, nº14 et s., p. 10 et s. V. cependant : Civ. 1, 6 nov. 2019, n° 18-17.111, *JCP G* 2019, p. 157, note S. GODECHOT ; *Dr. famille* 2020, comm. 22, M. FARGE ; *D.* 2020, p. 130, note J. GUILLAUME ; *JDI* 2020, p. 937, note S. BOLLEE ; *RCDIP* 2020, p. 487, note P. LAGARDE.

1841 V. *supra* n°423 sur la typologie de M. Alliot.

1842 V. *supra* n°336 et s.

1843 Pour notre argumentaire, v. *supra* n°168 et s. V. par exemple la répudiation, qui peut être un acte entièrement privé, comme nécessiter l'intervention d'une autorité tierce.
Parfois, l'intervention d'une autorité traditionnelle suffit aux yeux de l'Etat de reconnaissance afin d'octroyer au mariage sa validité au regard du droit étatique et la production de certains effets. V. S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n°3, Juillet-septembre 1978, p. 811, spéc. n°41 et s., p. 826 et s.

1844 V. *supra* n°336 et s.

1845 V. *supra* n°172.

1846 V. *supra* n°173.

extérieure aux parties peut avoir, à l'étranger et notamment en matière personnelle et familiale, une « *signification conventionnelle* »[1847] au sein d'un groupe social donné et avoir une incidence particulièrement forte sur le comportement des parties, une efficacité sociale. A se pencher sur le *talaq* « nu », il serait ainsi possible de considérer que le mari prononçant celui-ci soit, au regard d'une communauté non étatique, conçu par les autres membres comme doté, du moins pour ce qui concerne les rapports avec son épouse, d'une autorité particulière[1848] (soit comme un organe de celle-ci). La décision prise par celui-ci, et au regard du caractère restreint du groupe social, peut être suivie par l'ensemble de ses membres prenant acte de la dissolution du lien matrimonial, et ne plus être ultérieurement remise en cause. La sanction sociale serait ainsi, en l'absence d'autorité extérieure aux parties, particulièrement effective. Or, l'époux n'étant pas une autorité extérieure aux parties, il est difficile de s'assurer, pour le *for* saisi, que celui-ci agit au nom de la communauté non étatique.

Par ailleurs, on rappellera qu'il n'est pas possible de partir du principe, au regard de la sécurité juridique, que la sanction sociale est aussi absolue que la sanction étatique[1849]. C'est en raison de la circulation des décisions émanant précisément de l'autorité non étatique dans un Etat étranger que l'ordre est jugé suffisamment effectif, légitime et autonome. Retenir une définition institutionnelle de l'ordre non étatique en se fondant sur la circulation des décisions de l'organe de règlement des conflits[1850], puis venir dans un second temps affirmer la relevance en tant que telle de rituels sociaux s'effectuant sans aucune intervention extérieure aux parties ne saurait être cohérent. Les actes n'émanant d'aucune autorité communautaire ne peuvent donc bénéficier de l'accès à la reconnaissance[1851]. Enfin, en l'absence de publicité du rituel, garantie par l'intervention d'une autorité tierce aux parties, le contenu de la décision serait difficile à saisir pour le juge français, étranger à la communauté. En témoignent les différentes solutions, de droit français comme de droit étranger relatives au *talaq* « nu » : comme tout fait, celui-ci ne saurait être considéré comme une norme, dont la structure aurait pu rappeler celle d'une décision. A ce titre, il est justement

---

[1847] C. GRZEGORCZYK distingue les faits « bruts » et les faits « institutionnels », ces derniers possédant « *une signification fondée sur l'existence des règles conventionnelles, appelés « constitutives », et prenant la forme suivante : « X compte comme Y ». En vertu de ces règles, certains mouvements physiques « comptent » comme des salutations ou menaces, certains sons « comptent » comme des expressions de langage, et l'énonciation de certaines expressions dans des situations bien définies « compte » comme l'accomplissement de tels ou tels actes de langage. L'« institutionnel » signifie donc ici: « basé sur les règles conventionnelles ». La connaissance de ces règles est de toute évidence indispensable pour la saisie des actes institutionnels en tant que tels, et non pas en tant que faits bruts (séries de mouvements physiques ou autres). Les faits institutionnels se comprennent, ce qui n'est pas le cas des faits bruts, ils exigent donc une méthode herméneutique comme approche définitionnelle* » (« L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, 1988, n°7, L'acte juridique, p. 47, spéc. p. 56 et s. ; nous soulignons).

[1848] On retrouve ainsi ici KELSEN, pour qui « *un individu est un organe d'une collectivité parce que et en tant qu'il réalise une conduite attribuable à la collectivité ; et une conduite est attribuable à la collectivité, soit comme conséquence, soit comme condition* » (*Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, 2ème éd., 1962, p. 201).

C'est ainsi que selon la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (section d'appel de l'immigration), le rituel du *talaq*, en l'espèce le *talaq* « nu », a pu être considéré comme pertinent pour déterminer l'existence d'une désunion et le lieu où celle-ci a été obtenue (désunion qui sera jugée non valide selon le droit canadien). La prononciation du *talaq* par le mari au Canada, *talaq* par la suite reconnu au Kenya, est considéré comme une désunion interne, rendant la reconnaissance de la désunion confirmée par le tribunal des cadis au Kenya impossible. V. *Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CanLII 61380 (CA CISR), tel que rapporté notamment par H. AL-DABBAGH, « Effet au Québec des divorces étrangers non dotés de l'exequatur - Le cas des divorces islamiques », *RCDIP* 2022, p. 7. La question de savoir si l'acte public kenyan peut être reconnu en tant que tel sera traité *infra* (n°527 et s.).

[1849] V. *supra* n°173 et s.

[1850] V. *supra* n°169 et s.

[1851] Ce qui ne signifie pas que l'autorité ne puisse être souplement entendue, v. *infra* n°532 et s.

soumis aux méthodes de conflit de lois[1852]. Telle est la solution retenue par la Cour suprême canadienne dans l'affaire *Hallak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*[1853], qui rejette l'argument de l'existence d'un divorce religieux en raison de la prononciation de la formule du *talaq* par l'époux libanais au motif que le divorce, selon la loi sur le divorce[1854], doit être accordé par un tribunal ou une autorité compétente : « [b]ien qu'il ait appliqué la formule du Talaq pour divorcer de sa première épouse, le tribunal estime que M. Azzam ne constitue pas un tribunal et ne représente pas non plus une autorité compétente »[1855].

Bien que certains rituels n'aient pas besoin de l'intervention d'une autorité extérieure aux parties, le critère de l'intervention de l'organe d'un ordre normatif reste essentiel en droit international privé afin de pouvoir considérer, d'un point de vue étranger (soit celui du for), l'existence d'une situation cristallisée.

B- Le rejet du critère unique de la fonction « juridictionnelle » de l'autorité étrangère

509. Le recours au critère de la fonction « juridictionnelle » de l'autorité non étatique ne saurait suffire à considérer que l'acte litigieux est une norme empruntant les traits d'une décision devant par conséquent être soumis à la méthode de reconnaissance des décisions. La démonstration a déjà pu être apportée quant aux sentences arbitrales[1856]. On relèvera qu'on ne saurait comprendre le terme « juridictionnel » sans penser en amont le paradigme étatique ou sans avoir défini le phénomène relevant[1857]. Si l'arbitre est majoritairement considéré comme habilité d'un pouvoir juridictionnel similaire à celui du juge étatique, on relèvera que tel n'est pas le cas du chef de famille.

Ainsi, à titre d'exemple et au regard de la définition de l'ordre normatif précédemment établie, la « décision » rendue par un « conseil » rom en Allemagne relative au sort de la dot en cas d'annulation des fiançailles ne peut être soumise par principe à la méthode de reconnaissance. La communauté rom, non reconnue par un Etat étranger, ne répond pas à la définition d'ordre normatif. La décision rendue ne saurait être considérée comme une norme, par manque d'effectivité et de légitimité de l'ordre non étatique[1858].

Par ailleurs, il ne saurait être déduit de l'existence d'un pouvoir de contrainte d'une autorité l'exercice d'une fonction juridictionnelle. L'existence d'un lien nécessaire entre pouvoir de contrainte et fonction juridictionnelle se retrouve par exemple sous la plume d'I. Stibbe afin de reconnaitre l'acte du rabbin comme une décision juridictionnelle, indépendamment de toute condition d'intégration de ce dernier à un ordre juridique ou normatif[1859]. Retenir cette conception

---

[1852] On ne reviendra pas sur la démonstration, effectuée par de nombreux auteurs. V. par exemple : V. HEUZE, *op. cit.*

[1853] *Hallak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (2020), CanLII 84191 (CA CISR).

[1854] Loi du 18 décembre 1991. V. sur le sujet : E. GROFFIER, « La réforme du droit international privé québécois », *RCDIP* 1992, p. 584.

[1855] §11 de la décision.

[1856] S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, Economica, 2004.

[1857] V. HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage*, 2015, hal-01463955.

[1858] V. *infra* n°565 et s. sur la possible mise en œuvre de la méthode de reconnaissance des situations.

[1859] « *[I]l est difficile de se prononcer sur la qualification exacte du rôle du rabbin car légalement la dissolution du mariage ne s'effectue pas par un juge ou par le prononcé d'un jugement, mais par l'acte des parties elles-mêmes, par la délivrance du gueth et son acceptation. Cependant, dans la mesure où ces hypothèses font apparaitre un certain pouvoir de contrainte (quand bien même il est rarement exercé en pratique), il semble légitime de parler de fonction juridictionnelle* » (I. STIBBE, *op. cit.*, n°97, p. 68 ; nous soulignons).

reviendrait, là encore, à considérer comme relevants des ordres normatifs ou des phénomènes certes contraignants, mais ne répondant pas nécessairement aux exigences d'effectivité et de légitimité précédemment relevés.

510. Au regard des outils à la disposition du juriste français se pose alors la question de l'éventuelle qualification de ces actes privés comme sentences arbitrales. On peut toutefois douter d'une telle qualification, pourtant utilisée par les droits étatiques internes des sociétés libérales pour gérer le pluralisme normatif[1860]. Or précisément, il ne s'agit pas ici de gestion du pluralisme interne, au sein duquel peuvent être pensées les garanties de l'accès au juge étatique. En matière internationale et en matière personnelle et familiale, raisonner en termes de reconnaissance ne permet pas de garantir la protection des parties (capacité notamment) ou des tiers.

II- La vérification de la compétence internationale indirecte de l'autorité non étatique

511. Dans sa communication au comité français de droit international privé en 1977, C. Bernard souligne la nécessité de vérifier la compétence de l'autorité étrangère religieuse : « *si l'on écarte le contrôle de la compétence juridictionnelle*[1861] *– ou plus exactement de la compétence des autorités – il faudra admettre la recevabilité de la demande d'exequatur portant sur un acte dressé dans quelque pays que ce soit, même par les autorités religieuses radicalement incompétentes au regard du droit étatique, alors que nous ne l'admettons pas pour les actes dressés en France par ces mêmes autorités* »[1862]. L'auteur propose alors de vérifier que « *l'Etat d'origine attribue la compétence aux autorités religieuses pour prononcer ou constater la rupture ou le relâchement du lien conjugal, et il importe peu que cette compétence soit exclusive ou que ces autorités se trouvent en concours avec les juridictions étatiques* »[1863]. Il s'agit certes, sous la plume de l'auteur, d'une réflexion relative au conflit de lois, mais l'argument vaut partiellement aussi pour la reconnaissance : en l'absence de contrôle de la compétence de l'autorité non étatique, l'acte de toute autorité privée pourrait être reconnu.

Au stade conflictuel, nous avons vu que la détermination de la norme non étatique se trouvait dans la dépendance d'une première désignation, classique, celle d'un ordre juridique étatique. Il convenait en effet de penser un deuxième conflit entre la norme étatique initialement désignée et les normes des communautés reconnues par cet Etat[1864]. Au stade de la reconnaissance, il convient également de penser le lien entre Etat étranger et ordre non étatique, en s'assurant de la circulation possible de la décision de l'autorité non étatique dans un ordre étatique. Il s'agit ainsi de penser la vérification de la compétence indirecte de l'autorité non étatique.

1860 V. *infra* n°573 et s.

1861 L'auteur se prononce sur l'hypothèse de la qualification des « décisions » des autorités religieuses en tant qu'actes privés. En l'état du droit positif en 1977, et d'après cette communication, ces actes privés sont également soumis à « exequatur » (comprenant un contrôle de la loi applicable) ne comportant aucun contrôle de compétence juridictionnelle.

1862 C. BERNARD, « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1977, p. 59, spéc. p. 66 (nous soulignons).

1863 *Ibid.*

1864 V. *supra* n°396 et s. L'exception d'incompétence rend toutefois inutile cette deuxième désignation (*supra* n°470 et s.).

En aucun cas la condition de compétence indirecte ne peut être remplacée par le seul constat de la reconnaissance étatique étrangère de la décision non étatique (A). Par ailleurs, l'exigence d'un lien caractérisé entre la situation litigieuse et l'Etat dont l'autorité a été saisie doit être réinterprétée lorsqu'est en cause un ordre non étatique (B).

A- L'absence de remplacement de la condition de compétence indirecte par la reconnaissance étatique étrangère de la décision non étatique

512. Le seul constat de la reconnaissance ou potentielle reconnaissance de la « décision » non étatique par un Etat étranger ne saurait suffire et évincer la condition de compétence internationale indirecte de l'autorité intervenante. Cela n'empêche toutefois pas que la décision étatique de reconnaissance soit, en tant que telle et pour elle-même, reconnue, à condition que la compétence internationale indirecte de l'autorité étatique soit établie.

513. Telle est pourtant la solution du droit suisse, qui retient dans l'article 65 (1) de la loi fédérale sur le droit international privé que « les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse lorsqu'elles (a) ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle ou dans l'Etat national de l'un des époux ; (b) sont reconnues dans l'un des Etats visés à la lettre a, ou (c) ont été rendues dans l'Etat de célébration du mariage et que l'action ne pouvait être intentée dans un des Etats désignés à la lettre a ou qu'on ne pouvait raisonnablement exiger qu'elle le soit »[1865]. La condition relative à la compétence internationale indirecte de l'autorité n'est donc pas indispensable, et il est possible de lui substituer une condition relative à la reconnaissance de la décision en tant que telle, la compétence internationale indirecte étant toutefois appréciée au niveau étatique et selon des critères déterminés. Cette solution libérale est par ailleurs renforcée par l'interprétation retenue par la pratique judiciaire et la doctrine du terme « décision étrangère de divorce »[1866]. En effet, celle-ci est largement interprétée et embrasse à la fois les décisions des juridictions étrangères, celles des instances religieuses ou des autorités administratives, ou encore les actes privés[1867].

La solution est logiquement identique pour les mariages[1868], que le droit suisse soumet à la méthode de reconnaissance. En effet, d'après l'article 45 al. 1 de la loi sur le droit international privé, « le mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse ». Il s'agit principalement d'éviter les mariages boiteux[1869]. D'après A. Bucher, « *l'article 45 al. 1 suppose toutefois que le mariage soit valable dans un Etat ou, du moins, dans l'un des systèmes de droit reconnus dans un Etat et délimité soit par un territoire, soit par l'appartenance à une religion ou ethnie. Le mariage célébré uniquement dans une forme religieuse, et considéré*

1865 Nous soulignons.

1866 A. BUCHER *et alii*, *Loi sur le droit international privé : Convention de Lugano*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011, commentaire de l'article 65, n°1 et s., p. 529 : « *[o]n reconnaitra ainsi également le divorce de droit coutumier ou divorce privé, convenu lors d'une procédure purement privée et simplement communiqué à l'autorité locale, qui n'exerce aucun rôle affectant la validité de la dissolution du mariage* », et précédemment : « *[l]'élargissement de la notion de décision de divorce va de pair avec la tendance à limiter le rôle du juge lorsque les époux souhaitent conjointement dissoudre le mariage* ».

1867 K. ELMALIAH, F. S. THOMAS, « Die Anerkennung von Ehescheidungen aus dem außereuropäischen Ausland – am Beispiel der israelischen Scheidung », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 739, spéc. p. 746.

1868 La solution est inspirée de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages. V. A. BUCHER *et al. Loi sur le droit international privé : op. cit.,* p. 438 et s. ; R. BARATTA, « La *reconnaissance* internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, p. 260, n°30, p. 291.

1869 B. ELBALTI, « La validité formelle des mariages traditionnels musulmans conclus à l'étranger en droit international privé tunisien à la lumière du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68 n°3, 2016, p. 809 ; A. BUCHER *et al., op. et loc. cit.*

comme valable dans l'Etat de sa célébration, est reconnu en vertu de l'article 45 al. 1 ; il faut au moins qu'un tel mariage ait été reconnu par l'autorité de fait du lieu de la célébration, même si elle ne représente pas une autorité étatique reconnue sur le plan international (cf. ATF 114 II 1 ss, 6-9[1870] »[1871]. L'auteur le précise : l'Etat qui reconnait le mariage comme valable est l'Etat de la célébration, du domicile ou de la nationalité d'un des époux[1872].

La disposition vaut également pour les mariages dits « informels », c'est-à-dire « *valablement conclus à l'étranger sans aucune célébration* »[1873]. L'auteur cite à cet égard les mariages musulmans et rom. Toutefois, la reconnaissance n'est effectuée que « *dans la mesure où l'échange des consentements et la cohabitation d'une certaine durée peuvent être localisés dans un Etat qui admet la validité d'un tel mariage* » ; des conditions matérielles viennent donc s'ajouter au principe de reconnaissance.

514. Il semble toutefois qu'il soit davantage souhaitable d'apprécier la condition de compétence internationale indirecte de l'autorité non étatique intervenante.

Une telle solution permet une appréciation plus précise du lien entre l'ordre normatif et le litige. Au lieu de poser en amont des critères abstraits renvoyant nécessairement à un ordre étatique (domicile, résidence habituelle, nationalité des parties), le lien s'apprécie *in concreto*. Puisque l'ordre non étatique s'inscrit, selon notre modélisation, dans un espace-temps[1874], le lien caractérisé au sens de l'arrêt *Simitch* peut s'apprécier sans difficulté particulière. Une telle interprétation permet d'évincer la portée de la reconnaissance d'une « décision non étatique » par des Etats qui n'ont qu'un lien abstrait et ténu avec le litige. Cela permet notamment de ne pas se contenter du fait que la « décision » d'une autorité « privée » (centre islamique, rabbin notamment) obtenue sur le territoire de l'ordre juridique du for ou d'un autre Etat soit (potentiellement) reconnue par un troisième Etat étranger (Israël[1875], Liban[1876], Kenya[1877], France[1878])[1879]. Certes, une telle condition

---

[1870] Pour le texte de la décision : https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F114-II-1%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024.

[1871] A. BUCHER *et al.*, *op. cit.*, spéc. n°4, p. 440.

[1872] *Ibid.*, n°8, p. 441.

[1873] *Ibid.*, n°11, p. 442.

[1874] V. *supra* n°344 et s.

[1875] *Schwebel v. Ungar*, [1965] RCS 148. Dans cette décision de la Cour suprême canadienne (v. déjà *supra* n°152 sur la décision de la cour d'appel de l'Ontario), la reconnaissance par l'Etat d'Israël du divorce de deux époux hongrois en Italie de confession juive suffit à admettre la reconnaissance du divorce par l'ordre juridique canadien.

[1876] *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hazimeh* (2009), CF 380. Dans cette affaire, l'épouse avait obtenu un divorce religieux devant le Conseil suprême islamique chiite du Canada en Ontario. Ce divorce avait été reconnu et enregistré quelques années plus tard auprès du tribunal jaafarite de Saïda au Liban, son pays d'origine. A l'occasion d'une question relative au groupement familial, la Cour suprême refuse la reconnaissance du divorce.

[1877] *Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CanLII 61380 (CA CISR). V. not. sur cette décision : H. AL-DABBAGH, *op. cit.*

[1878] Arrêt *Reichenfeld* du 26 octobre 1959 du Tribunal de la Seine (*RCDIP* 1960, p. 354, note Y. LOUSSOUARN ; Clunet, 1960, p. 814 (1ère espèce), note J.-B. SIALELLI) : dans cette affaire, la « répudiation » intervenue entre deux époux israéliens a été reconnue, alors que le mari avait prononcé la répudiation de son épouse devant témoins en Israël et que la répudiation avait été signifiée à la femme qui l'avait acceptée en Suisse par le rabbinat de Zürich. V. la critique d'H. GAUDEMET-TALLON, « Divorce », op. cit., non reprise par la mise à jour de 2017 : « l'autorité religieuse juive en Suisse n'est pas investie d'une compétence étatique par la Suisse, et ne saurait l'être, n'étant pas une autorité consulaire, par Israël. Le rôle de l'autorité religieuse a donc été dans cette affaire de caractère purement privé et l'efficacité de la répudiation en France a été déduite par le tribunal uniquement de la loi israélienne applicable ».

[1879] V. la décision de la Cour supérieure du Québec *O.A.R.H.* (2006 QCCS 4894), et le commentaire d'H. AL-DABBAGH (*op. cit.*) : « Dans la cause O.A.R.H., la Cour supérieure a refusé de reconnaître un acte de divorce dressé

œuvre *a priori* en faveur de l'harmonie internationale des solutions, en alignant la solution sur celle de l'Etat ayant reconnu la « décision » non étatique. Mais on peut douter de la réalisation des objectifs d'effectivité de la norme et de la légitimité de l'« ordre » non étatique. En l'absence de lien territorial (l'ordre normatif est local[1880]) avec l'Etat prêt à reconnaitre la « décision », on peut douter de la réalité de la sanction étatique étrangère. En réalité, l'ordre non étatique doit faire l'objet d'une reconnaissance, entendue au sens large, d'un Etat avec lequel il entretient un lien d'ordre spatial. Cela est notamment visible lorsque l'autorité (religieuse notamment) a agi sur le territoire du for. Il convient donc de s'assurer que l'autorité est celle d'un ordre non étatique répondant à la définition dégagée.

C'est ainsi que le tribunal canadien juge dans l'affaire *Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, qui soulevait la question de la reconnaissance d'un *talaq* nu[1881] « reconnu » au Kenya, que « le document du Kenya n'est pas un document de divorce étranger, mais plutôt une confirmation du divorce *talaq*, qui a eu lieu au Canada » et refuse la reconnaissance. Si la justification ne convainc pas entièrement, il reste qu'en l'espèce, le lien entre l'Etat ayant opéré la reconnaissance et le litige n'est pas jugé suffisant. En réalité, selon notre proposition, l'absence d'ordre non étatique empêche le déclenchement de la méthode de reconnaissance des décisions.

515. Ne pourrait-on pas soutenir que l'exception de fraude, ainsi que la prise en compte des lois de police du for, suffisent à préserver les différents intérêts en jeu, et ainsi retenir la condition de reconnaissance étatique de la « décision non étatique » ?

La difficulté pourrait ainsi être traitée sur le terrain des lois de police : s'il ne peut plus être argué du monopole judiciaire en matière de divorce en raison de l'introduction du divorce « déjudiciarisé » en droit français, on pourrait avancer qu'il ne saurait être procédé à un divorce religieux ou communautaire sur le territoire français. Une telle idée est fondée, comme l'énonce H. Al-Dabbagh, sur une analogie avec le droit international public, selon lequel les actes accomplis par un agent étranger (étatique) ne bénéficient pas de l'extraterritorialité[1882]. Mais la solution n'est en réalité jamais satisfaisante, dès lors que le divorce est prononcé par une « autorité » n'étant l'organe d'aucune communauté socioculturelle. Davantage que la sanction *a posteriori* par un Etat, et tout en notant que cette condition reste essentielle, il s'agit de s'assurer que le divorce est prononcé dans une communauté au sens retenu au début de ce travail, permettant de s'assurer de la publicité de sa décision, de son effectivité sociale et de sa légitimité aux yeux du for. Cette considération est essentielle à l'octroi de la reconnaissance *de plano* de la décision. Or précisément, lorsque

---

en juin 2000 par un centre islamique à Dorval, puis homologué par un tribunal étranger. La requête en reconnaissance, introduite conjointement et de consentement par les parties, a été considérée mal fondée en fait et en droit. En effet, en vertu des articles 2 et 3 de la loi sur le divorce, la Cour supérieure du Québec est le seul tribunal ayant compétence pour entendre et décider d'une demande de divorce entre parties résidant au Québec. Le Centre islamique est dépourvu de compétence civile en la matière. S'agissant plus précisément de l'élément d'extranéité, la Cour précise qu'il « ne saurait être question de ratifier, directement ou indirectement, une décision d'un organisme incompétent au Québec, sous prétexte qu'un tribunal étranger l'aurait reconnu. En l'espèce, on demande au Tribunal de faire indirectement ce que l'on ne peut pas faire directement ». L'intervention subséquente d'une autorité étrangère n'a donc pas empêché le juge de relocaliser le divorce dans l'ordre juridique québécois. Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'une décision imputable à une autorité étrangère susceptible d'être reconnue par une procédure d'exequatur ».

[1880] V. *supra* n°344 et s.

[1881] Il en aurait été de même si le *talaq* avait été prononcé devant un conseil islamique au Canada.

[1882] H. AL-DABBAGH, *op. cit.*

l'« autorité » non étatique agit sur le territoire d'un Etat ne la reconnaissant pas et ne permettant aucune circulation de ses actes, l'existence d'une communauté non étatique ne saurait être caractérisée. On relèvera ainsi que dans les affaires précitées, relatives au divorce religieux prononcé au Canada (notamment par la Cour suprême islamique chiite du Canada en Ontario[1883]), aucune communauté socioculturelle ne peut être caractérisée.

Par conséquent, quelle que soit la méthode de reconnaissance retenue (des décisions, des actes publics…), la compétence indirecte de l'autorité non étatique doit être vérifiée. Une telle approche ne peut être remplacée par l'existence d'une décision de reconnaissance d'un Etat étranger, même lorsque celui-ci répond à un critère de rattachement abstrait, à l'image du droit suisse. En effet, il s'agirait alors de se fier au point de vue de l'Etat étranger, qui peut poursuivre une politique ne coïncidant pas avec les objectifs poursuivis par le droit international privé du for (les conditions de reconnaissance peuvent être particulièrement libérales). En d'autres termes, il n'apparait pas pertinent d'adopter le point de vue étatique étranger et préférable d'apprécier la compétence indirecte de l'autorité non étatique.

B- L'appréciation du lien caractérisé avec l'ordre non étatique

516. Le lien caractérisé (au sens de l'arrêt *Simitch*[1884]) suffit à apprécier la compétence indirecte de l'autorité non étatique, dès lors que l'existence d'un ordre non étatique (c'est-à-dire reconnu par un Etat, l'indice pertinent étant l'existence de règles de conflit de juridictions) a été retenue. La communauté socioculturelle étant ancrée dans un espace-temps (v. *supra*), le lien ne peut être caractérisé lorsque la religion, considérée à titre universel, est le seul lien entre le litige et l'autorité ayant réglé le différend[1885].

Ainsi, à reprendre les faits de l'arrêt déjà évoqué refusant la reconnaissance de la répudiation musulmane constatée par le Centre islamique culturel de Rome ayant pour effet de dissoudre la

---

1883 « *Dans une décision Canada c/ Hazimeh (Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c/ Hazimeh, 2009 CF 380), Madame Hazimeh avait obtenu en 1993 un divorce religieux devant le Conseil suprême islamique chiite du Canada en Ontario. Ce divorce avait été reconnu et enregistré en 1999 auprès du tribunal jaafarite de Saïda au Liban, son pays d'origine. Quelques mois plus tard, elle s'est remariée au Liban et a déposé à son retour une demande en parrainage de son deuxième époux en tant que membre de la catégorie de regroupement familial. Cette demande a été rejetée au motif que le divorce n'était pas valide et par conséquent qu'elle était encore dans les liens d'un précédent mariage non dissous. La question de savoir si on est devant un « divorce étranger » qui pourrait être reconnu conformément à l'art. 22(1) de la loi sur le divorce a été amplement discutée. De l'avis de la Cour fédérale, la défenderesse a eu son divorce non à l'étranger, mais bien au Canada en 1993 lors d'une cérémonie du talaq. Le Liban a simplement confirmé le divorce religieux et l'a reconnu aux fins de l'application de ses propres lois. Aucun élément de preuve n'a été présenté à la Cour l'autorisant à penser que le talaq qui s'est déroulé au Canada serait devenu un divorce libanais, c'est-à-dire, étranger. D'après le juge Russell, celui-ci demeure un divorce talaq ayant eu lieu au Canada et ayant été enregistré et reconnu au Liban. C'est un divorce que le Canada ne reconnaît pas : « [...] si un simple enregistrement au Liban suffirait, cela transformerait alors un divorce Talaq non reconnu par le Canada en un divorce que le Canada est tenu de reconnaître », estime par ailleurs le juge(62). Le même raisonnement a été retenu dans Ali c/ Canada (Citoyenneté et Immigration) (63), où le tribunal a conclu que « le document du Kenya n'est pas un document de divorce étranger, mais plutôt une confirmation du divorce talaq, qui a eu lieu au Canada »(64). En effet, l'homme avait prononcé deux fois la formule rituelle de talaq au Canada puis a obtenu du Tribunal des cadis au Kenya la confirmation du divorce entre lui et sa première épouse* » (*ibid.*).

1884 Civ. 1, 6 février 1985, *RCDIP* 1985, p. 369 ; p. 243, chron. Ph. FRANCESCAKIS ; *JDI*, 1985, p. 460, note A. HUET ; *D*. 1985, p. 469, note J. MASSIP et *IR* 497, obs. B. AUDIT ; *GADIP*, n°70.
Deux conditions négatives s'ajoutent au lien caractérisé afin de contrôler la compétence du juge étranger : l'absence de compétence exclusive des tribunaux français et l'absence de fraude dans le choix du juge saisi. V. également sur l'absence de contrôle de compétence interne du juge étranger : Civ., 4 octobre 1967, *Bachir*, *RCDIP* 1968, p. 98, note P. LAGARDE ; *Clunet*, 1969, p. 102, note B. GOLDMAN, *GADIP*, n°45.

1885 V. sur le rôle primordial des coutumes locales pour l'Islam : L. ROSEN, *Law as Culture*, *An invitation*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2006, p. 37 et s.

relation maritale entre deux époux iraniens[1886], et à considérer que le centre culturel soit une autorité appartenant à un ordre non étatique (ce qui n'est pas le cas), l'autorité n'aurait pas davantage été considérée, au regard de l'exigence du lien caractérisé, comme indirectement compétente.

La définition retenue de la communauté socioculturelle empêche de considérer comme indirectement compétente une autorité qui n'a qu'un lien ténu avec le litige, bien que sa décision soit susceptible d'être reconnue dans un Etat étranger, qui aurait des conditions particulièrement libérales de reconnaissance. La communauté socioculturelle est marquée par son ancrage dans un espace-temps et son caractère restreint[1887].

Une autre solution aurait pu être de retenir l'exigence du lien caractérisé avec l'Etat étranger ayant reconnu la décision étrangère, mais cette solution a été écartée.

Une troisième solution aurait été de retenir l'exigence du lien caractérisé avec l'Etat étranger de reconnaissance de l'ordre non étatique, puisque l'ordre non étatique dépend, dans sa définition-même, du point de vue d'un Etat étranger[1888]. Or un tel détour se révèle inutile : si le lien caractérisé risque fort d'être également donné avec l'Etat de reconnaissance de l'ordre non étatique, dans la mesure où l'assise spatiale est la même, il semble plus évident de s'interroger directement sur l'existence d'un lien caractérisé avec l'ordre non étatique.

517. En aucun cas, et contrairement au droit positif, il ne convient de vérifier la compétence de l'autorité religieuse ou ethnique aux yeux de l'Etat sur le territoire duquel elle rend sa décision[1889]. Une telle condition est incompatible avec l'autonomie des ordres non étatiques[1890]. Par ailleurs, le détour par l'Etat étranger, s'il est techniquement nécessaire pour la mise en œuvre de la méthode bilatérale[1891], ne l'est nullement pour celle d'une méthode unilatérale.

Enfin, il ne s'agit nullement de vérifier si l'autorité non étatique est compétente selon la loi de l'ordre juridique ou normatif dont la loi aurait été appliquée au regard des méthodes conflictuelles[1892]. Un tel examen revient à soumettre la reconnaissance aux méthodes conflictuelles, ce qui apparait contraire à l'évolution unanimement saluée du droit positif en matière de reconnaissance des jugements étrangers[1893].

1886 Civ. 1, 25 février 1986, *Shafa*, F. MONEGER, *R.*, 1987, p. 103. V. *supra* n°146 ; comp. la décision précitée de la Cour supérieure du Québec, *O.A.R.H.* 2006 QCCS 4894.

1887 V. *supra* n°340 et s.

1888 V. *supra* n°168 et s.

1889 En droit positif, il appartient à l'Etat étranger auquel le litige se rattache de manière caractérisée de désigner l'autorité compétente, peu important à quel titre cette autorité agit (fonction juridictionnelle, intervention constitutive). Pour un exemple récent : Civ. 1, 4 mai 2017, n°16-13.645 (*D.* 2017, p. 1283). V. aussi : C. BERNARD : « [*i*]*l est de principe, en droit international privé français, que la demande d'exequatur peut s'appliquer à toutes décisions rendues à l'étranger par des autorités administratives exerçant une fonction dévolue en France à l'autorité judiciaire. […] A priori, la même solution peut être étendue aux décisions des autorités religieuses reconnues par les Etats étrangers* » (« Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *op. cit.*, spéc. p. 61).

1890 V. *supra* n°112.

1891 V. *supra* n°127 et s., 396 et s., 478 et s.

1892 La désignation d'un ordre non étatique étant particulièrement difficile, v. *supra* n°194 et s.

1893 La solution de l'arrêt *Munzer* (Civ. 1, 7 janv. 1964, *RCDIP* 1964, p. 302, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1964, p. 302, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1964. II. 13590, note B. ANCEL ; *GADIP,* n°41) a été entièrement remise en cause par l'arrêt *Cornelissen* (Civ. 1, 20 févr. 2007 ; *RCDIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN ; *D.* 2007. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *D.* 2007. Chron. 892 ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai

518. Comment s'apprécie le lien caractérisé en présence d'ordres non étatiques ? On rappellera que la technique du « groupement des points de contacts » ou du « cumul des indices » « *suppose la fongibilité de ses éléments. […] Dès lors si les éléments relevés en l'espèce sont, sinon de même valeur, au moins de même qualité, c'est qu'ils sont appréciés, abstraction faite de la nature du litige, selon des paramètres qui se retrouvent dans tout procès, quel qu'en soit l'enjeu, c'est-à-dire des paramètres d'ordre procédural. Il s'agit, selon les vues de D. Holleaux […], « de l'équité procédurale et de la bonne administration de la justice ». Ainsi l'arrêt* Simitch *détacherait la règle du lien caractérisé du fond du litige. Toutefois cette dématérialisation de la compétence indirecte est trop éloignée du paradigme de la primauté du fond sur la procédure que la Cour de cassation n'est pas prête à abandonner, et elle ne représente pas fidèlement le droit positif […]* »[1894]. Selon B. Ancel et Y. Lequette, la nature et l'objet du contentieux sont nécessairement pris en compte pour déterminer la portée des indices relevés, ne serait-ce qu'au regard du lien entre compétence et fond.

Concrètement, en matière familiale, des indices comme l'autorité qui a célébré le mariage, l'appartenance des parties à un même ordre normatif (religion, éthnie), leur domicile (terre coutumière…) sont autant d'indices à prendre en considération.

Il a pu être proposé que, lorsque l'autorité n'est pas juridictionnelle, il convient de vérifier la compérence interne de l'autorité intervenante. En effet, comme le souligne R. El-Husseini Begdache, « *l'omission du contrôle de la compétence interne de l'autorité étrangère en matière de répudiation peut être dangereuse. En effet, si le juge se contente de vérifier la compétence internationale indirecte des autorités du pays où la répudiation a été obtenue dans leur ensemble (et non de la seule autorité judiciaire) en recherchant un "lien caractérisé" entre l'autorité saisie et la répudiation, l'existence de ce lien, le cas échéant, ne permet pas d'établir que l'autorité qui a prêté son concours à l'acte avait le pouvoir de rompre les unions dans le pays où elle est intervenue. Deux précédents au moins permettent d'illustrer ce risque, à savoir les affaires Reichenfeld et Shafa. Dans ces deux espèces, des autorités radicalement incompétentes avaient prêté leur concours à la réalisation d'une répudiation hébraïque et d'une répudiation islamique : dans le premier cas il s'agissait du Rabbinat de Zurich, dans le second du "Centre culturel Islamique" de Rome. Ainsi, pour peu que la relation eût présenté un lien caractérisé avec la Suisse où résidait l'épouse répudiée dans l'affaire Reichenfeld, avec l'Italie où résidait l'épouse répudiée dans l'affaire Shafa, les conditions de contrôle des jugements étrangers n'auraient pas permis d'atteindre ces répudiations qui accèdent par la suppression de la compétence interne, à l'immunité. Ce risque milite pour le maintien du contrôle de la compétence interne de l'autorité saisie* »[1895]. Un tel contrôle semble en pratique difficile à exiger lorsque sont en cause les ordres non étatiques, notamment lorsque ceux-ci possèdent une structuration institutionnelle faible. Par ailleurs, le risque de reconnaitre des décisions situations cristallisées par l'intervention d'autorités « radicalement incompétentes » s'avère, à retenir notre approche, quasi-inexistant. En effet, dans les décisions citées par l'auteure, il est impossible de retenir l'existence d'ordres non étatiques, bien que la cristallisation soit jugée suffisante aux yeux d'un tiers ordre étatique[1896].

2007, n^{os} 119 s., numéro spécial : Contentieux judiciaire international et européen, p. 2, note M.-L. NIBOYET), introduisant un véritable « contentieux objectif » (v. *infra* n°586).

[1894] *GADIP*, n°70, spéc. n°15 et s., p. 635.

[1895] R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *op. cit.*, n°207, p. 129 ; « Le droit international privé et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999, p. 427, spéc. n°53 (nous soulignons).

[1896] V. *supra* n°512 sur l'incidence de la reconnaissance par un ordre juridique tiers.

519. Conclusion de la section. Il convient ainsi de s'assurer de l'intervention d'une autorité tierce aux parties afin de retenir une cristallisation suffisante, pour le for, de la situation. Une telle approche s'inscrit dans la conception institutionnelle retenue de l'ordre non étatique. Il reste que le terme « autorité » pourra éventuellement être plus souplement entendu, et nous nous pencherons sur cette notion. La compétence internationale indirecte de l'autorité non étatique s'apprécie au regard de la technique du « groupement des points de contact » de l'arrêt *Simitch*, sans aucune difficulté particulière. En aucun cas ce contrôle ne saurait être remplacé par la reconnaissance par un tiers ordre-juridique de la situation cristallisée. L'adoption d'une définition de l'ordre non étatique permet de tracer une frontière entre norme et acte privé ; ainsi, la « décision » du rabbinat de Zurich n'est ni une norme israélienne, ni une norme d'un ordre non étatique, à défaut d'existence de ce dernier. Tout au plus, la décision israélienne de reconnaissance de la désunion peut être reconnue par le for, si elle satisfait aux conditions de reconnaissance.

Section 2 : L'intervention d'une autorité non étatique comme condition nécessaire mais insuffisante au déclenchement des méthodes de reconnaissance

520. L'intervention d'une autorité étrangère tierce aux parties est *a priori* un critère suffisant pour justifier le passage à une méthode plus libérale que les méthodes conflictuelles. En effet, elle est la source de prévisions des parties : l'intervention d'une autorité relève de l'expérience, du vécu collectif (notamment au regard des tiers). La justification est également d'ordre technique : ce critère permet de « constater » l'existence d'une norme concrète et individuelle ; d'autre part, il « ancre » le rapport litigieux, rendant la recherche de la loi applicable moins nécessaire[1897].

En réalité, même pour Ch. Pamboukis, dont l'argumentation vient d'être reprise, toute intervention d'une autorité étrangère ne justifie pas la mise en œuvre de la méthode de reconnaissance[1898].

Par ailleurs, il convient d'analyser précisément les modalités de contrôle exigées : si la méthode de reconnaissance s'oppose à celle conflictuelle, dans la mesure où il ne s'agit pas de désigner un ordre normatif auquel la situation litigieuse est rattachée, les régimes des méthodes pourraient converger : en (ré)intégrant un contrôle de la loi appliquée au regard des règles de conflit de lois du for au sein de la méthode de reconnaissance (ou de ses lois de police ?)[1899] ; en prévoyant comme rattachement celui de la *lex auctoris* en conflit de lois ou encore en posant un ensemble de rattachements alternatifs venant, tout comme la méthode de reconnaissance, favoriser la validité de la situation de fait[1900].

521. De l'intervention de l'exception de compétence au stade du conflit de lois, on a pu en déduire qu'il convenait de traiter la coordination des normes étatiques et non étatiques sur le plan des méthodes de reconnaissance. Si la qualité de l'autorité intervenante détermine la distinction entre acte privé et norme, elle ne délimite cependant pas nécessairement le domaine des méthodes de reconnaissance de droit international privé. Il est aujourd'hui majoritairement soutenu que c'est l'effet décisionnel de l'acte émis par l'autorité étrangère[1901] qui conduit au « *parti pris* »[1902] en faveur d'une méthode plus libérale. Lorsque celle-ci n'a qu'un rôle réceptif d'actes privés, que l'acte émis à un simple « effet de titre », la situation resterait alors par principe soumise aux méthodes conflictuelles[1903]. A confronter les normes non étatiques aux distinctions relatives au domaine respectif des méthodes, plusieurs difficultés apparaissent, soulevant la question de la possibilité d'adapter la méthode de reconnaissance à d'autres normes que des jugements non étatiques. A reprendre les différentes catégories doctrinales dégagées, tant la catégorie des autres décisions non étatiques, que celles des actes quasi publics semblent difficilement permettre une extension de la méthode de reconnaissance (ou des méthodes de reconnaissance) aux actes non étatiques. Et pourtant, c'est bien au regard d'actes qui ne peuvent être qualifiés de jugements que se situe un des

1897 Ch. PAMBOUKIS, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513.
1898 V. *infra* n°539.
1899 Comme c'était le cas avant l'arrêt *Munzer* précité. V. également *infra* n°589.
1900 P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance… », *op. cit.*, spéc. n°33, p. 564.
1901 P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Préf. P. Mayer, Paris, Economica, 2004.
1902 S. BOLLEE, *op. cit.*, spéc. n°11.
1903 *Contra* : pour Ch. PAMBOUKIS, l'acte public « titre » est soumis, pour ce qui est de l'instrumentum, à la méthode de reconnaissance. Seul le negotium est soumis aux méthodes conflictuelles (« Acte public international », *op. cit.*, n°68).

enjeux principaux de la coordination avec les ordres non étatiques : célébrations coutumières du mariage, répudiations et remise du *guet*, dissolutions du mariage et adoptions claniques…

Le terme « jugement » sera par la suite employé pour désigner les normes de conduite émises par une autorité à l'occasion du règlement d'un « conflit », celui-ci étant entendu comme comportant une dimension « publique », « communautaire », justifiant l'intervention d'un tiers agissant au nom de la communauté[1904].

De manière évidente, les jugements non étatiques sont susceptibles de reconnaissance selon la méthode de reconnaissance des décisions ; il ne s'agit cependant que d'un mode particulier de règlement des conflits, propres à certains ordres non étatiques (I). Il ne s'agit par ailleurs pas des seules « décisions » pouvant être émises par des autorités non étatiques. Nous plaiderons, au regard des particularités de l'ordre non étatique, pour une extension de la catégorie de décisions susceptibles d'être reconnues par la mise en œuvre de la méthode libérale de reconnaissance des décisions (II).

I- Le jugement non étatique, un mode particulier de règlement non étatique des conflits susceptible de reconnaissance

522. Toute communauté socioculturelle au sens où nous l'avons définie connait des mécanismes de règlement des conflits[1905]. Ceux-ci sont caractérisés par leur diversité et ne seront envisagés, pour des raisons déjà exposées, que ceux impliquant l'intervention d'une autorité extérieure aux parties[1906]. Ainsi, les phénomènes de négociation bilatérale (et ce peu important l'intervention, aux côtés de chaque partie et afin de leur apporter leur soutien, d'individus-figures d'autorité[1907]), ainsi que les constellations où un tiers intervient mais ne possède aucun pouvoir propre (c'est-à-dire distinct de celui des parties) de décision[1908], seront écartées de l'analyse. En effet, une distinction majeure semble pouvoir être effectuée entre mécanismes de règlement des conflits par « médiation » ou « arbitrage » (entendus au sens souple) et par « jugement ». Ce critère n'est pas inconnu des « sciences » juridiques, et nous n'y reviendrons pas en profondeur : il s'agit principalement de déterminer la source de l'autorité du tiers-intervenant (les parties ou l'ordre juridique ou normatif), déterminant la nature de sa « mission » et le régime juridique du produit de

---

1904 V. la classification exhaustive de R. L. ABEL quant aux modes de résolution des conflits dans les communautés humaines en fonction de différents facteurs, et notamment en fonction du rôle de l'autorité intervenante (« A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society », *Law & Society Review*, vol. 8, no. 2, 1974, p. 217). Comme le soulignent O. G. Chase et J. S. Bruner, il existe une multitude de formes, allant de « *institutionalized responses to interpersonal conflict, for instance, strech from song duels and witchcraft to moots and mediation to self-conscious therapy an hierarchical, professionalized courts* » (*Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York, New York University Press 2005, spéc. p. 1).

1905 *Ibid.* ; S. ROBERTS, *Order and Dispute, An Introduction to Legal Anthropology*, New York, St. Martin's Press, 2ème éd., 2013. V. *supra* n°178 et s.

1906 V. *supra* n°508.

1907 S. ROBERTS, *op. cit.*, p. 91, citant l'expression de P. H. Gulliver : ces individus sont « *members of a disputant's* "*action-set*" ».

1908 *Ibid.*, p. 99.

son intervention[1909]. Il est pertinent ici de remarquer que le critère est également partiellement[1910] utilisé par la sociologie et l'ethnologie du droit afin de différencier les différents types de règlement des conflits au sein d'ordres non étatiques.

On remarquera ainsi que pour S. Roberts, « *[p]uisque l'arbitre ne peut prendre une décision qu'avec l'accord des parties au litige, il doit être sensible à leurs opinions sur ce que pourrait être une décision acceptable ; sinon, les chances que sa décision soit suivie et qu'il soit ultérieurement sollicité pour régler des conflits seront faibles. Ces considérations ne sont pas présentes pour le tiers-intervenant qui entend et tranche un litige en vertu de sa fonction au sein de la communauté. Non seulement il est habilité à connaître du litige, mais il est également susceptible de disposer de la force nécessaire pour assurer le respect de sa décision si les parties ne la respectent pas. Ce n'est qu'à beaucoup plus long terme que des décisions impopulaires peuvent affecter sa légitimité* »[1911].

523. Les éléments mentionnés par l'auteur et permettant de faire la distinction entre mécanismes d'arbitrage ou de médiation et mécanismes « juridictionnels » sont les suivants : le rôle assumé par l'intervenant au sein et pour la communauté, soit sa compétence aux yeux de la communauté pour résoudre les litiges, ainsi que la menace de sanction sociale dont il peut se prévaloir afin d'assurer le respect de sa décision. En réalité, ces caractéristiques viennent garantir la légitimité et l'effectivité de l'autorité agissante.

On remarquera que c'est là retenir une conception du règlement des conflits *a priori* proche de celle que connaissent les ordres étatiques[1912]. En effet, l'autorité de règlement du conflit répond à deux qualités[1913] : l'autorité est instituée et ne dépend pas uniquement de qualités intrinsèques aux individus intervenants ; elle est par ailleurs « formelle », en ce sens qu'elle est exercée au travers d'une cérémonie publique (ce qui garantit par ailleurs sa force obligatoire)[1914].

Toutefois, la méthode de reconnaissance des jugements étrangers peut s'étendre à des jugements qui connaissent certaines caractéristiques inconnues des ordres juridiques étatiques, notamment qui résultent d'un processus relevant davantage de la conciliation ou de la médiation. Ces termes sont employés dans un sens différent de celui évoqué ci-dessus, sans que nous observions la nécessité d'employer un vocabulaire différent : la conciliation ou la médiation n'est pas celle entre les intérêts des parties, conçue comme une alternative à la justice étatique occidentale, caractérisée par le fait que l'arbitre n'est pas tenu par des considérations de cohérence d'un ordre normatif ou de paix sociale. En effet, et à la lumière des ordres « traditionnels » africains,

« *[l]'arbitrage et la médiation dans les cultures juridiques africaines ne peuvent être bien compris en s'en tenant à la seule rationalité juridique occidentale. Dans le droit occidental moderne, l'arbitrage et la médiation sont en effet classés*

[1909] V. notamment : V. HEUZE, « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage ». *Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage*, 2015, hal-01463955.

[1910] Comp. L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996, Condé-sur-Noireau, spéc. p. 170 et s.

[1911] S. ROBERTS, *Order and Dispute*, 2ème éd., 2013, p. 54. Traduction libre ; nous soulignons.

[1912] V. déjà sur le fait que les critères de relevance établis ne permettent de saisir qu'une infime partie des phénomènes non étatiques, *supra* n°202.

[1913] Sur les multiples formes de règlement des conflits, et une proposition particulièrement complexe de classification (sociologique) de celles-ci, v. R. L. ABEL, *op. cit*., spéc. p. 248 et s.

[1914] Si l'oralité est bien souvent la règle, P.-F. GONIDEC rappelle, quant aux « droits africains », que dès l'origine « *il existait des sortes de greffiers qui assistaient aux audiences pour en garder la mémoire et venir éventuellement certifier quels avaient été les termes du jugement* » (*Les droits africains. Évolution et sources*, LGDJ, Bibliothèque africaine et malgache, vol. 1, 1968, p. 16).

dans les méthodes alternatives de règlement des litiges, en ce sens qu'ils constituent une alternative au procès devant les juridictions de l'Etat, à travers la désignation de personnes privées auxquelles les parties soumettent leur différend soit pour le juger, soit pour les aider à atteindre une solution amiable. En revanche, dans le système judiciaire négro-africain, l'arbitrage comme la médiation font partie intégrante de la justice institutionnelle, dont ils constituent soit une étape soit une facette »[1915].

524. Deux traits particuliers pourraient être soulignés, caractérisant l'ouverture de la méthode de reconnaissance des jugements étrangers aux décisions non étatiques : « l'autorité » intervenante pourrait être souplement entendue, et la décision peut résulter d'un processus de médiation ou de compromis, entre intérêts non pas uniquement « privés », mais également communautaires[1916].

Quant au premier point, il est possible de considérer que « l'autorité » étrangère de règlement des conflits, l'« organe » étranger, n'est pas nécessairement un individu ou un groupe d'individus mais qu'il peut s'agir plus souplement de l'« *instrument d'une fonction* », du « *rouage d'une organisation* »[1917]. Une telle analyse suppose toutefois l'identification d'un cérémoniel caractérisant l'existence d'une institution. A retenir cette dernière conception, plus large, il est possible de retenir les mécanismes de prise de décision collective, tels les « palabres ».

Cette « institution » connue de certains droits coutumiers africains peut être décrite selon les termes suivants : « *toutes les décisions sont prises de concert. C'est en commun que l'on tranche les disputes et les conflits, que l'on décide qui recevra telle terre à cultiver. La tradition veut que toute décision soit prise à l'unanimité. Si quelqu'un n'est pas d'accord, la majorité essaie de le convaincre jusqu'à ce qu'il change d'opinion. Cela dure parfois indéfiniment, car ce qui caractérise ces discussions, ce sont les interminables palabres. Si deux villageois se disputent, le tribunal réuni sous l'arbre ne démêle pas le vrai du faux ni ne décide qui a raison, il s'efforce simplement de supprimer le conflit, d'amener les deux parties à la réconciliation en reconnaissant le bien-fondé de chacune d'entre elles* »[1918] . J. Vanderlinden le souligne : l'arbre à palabres montre la « *primauté de la démarche conciliatrice sur celle consistant à appliquer une norme préétablie en tranchant d'autorité un litige sans se soucier de l'adhésion des deux parties […] à la décision. Un mauvais (et de préférence un bon) compromis vaut donc mieux qu'une bonne (et a fortiori une mauvaise) décision. Il en résulte que le procès africain est originellement d'abord et dans la quasi-totalité des cas, tentative d'arbitrage* »[1919]. En réalité, le processus de décision sous forme de palabre peut

---

1915 F.-K. CAMARA, A. CISSE, « *Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher* », *Revue de l'arbitrage*, n°2, 2000, p. 286, spéc. p. 286. Sur l'emploi du terme « négro-africain », v. *ibid.*

1916 V. *supra* n°252.

1917 V. le sens général (1) de « Organe », *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 13ème éd., 2020.

1918 R. KAPUSCINSKI, *Ebène. Aventures africaines*, Éd. France Loisirs, 2001, p. 322 (nous soulignons), tel que cité par M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n°2, 2005, p. 345, spéc. p. 358.

« *Une chose qu'il faut éviter, c'est de penser que la tâche du chef est la plus facile au monde. Bien au contraire. Lorsqu'une décision touchant l'intégrité de la communauté est prise par le chef de village et son conseil, ceux-ci doivent absolument obtenir l'approbation de la population toute entière. Il faut donc convoquer la population par le truchement du griot, crieur public. A une date déterminée par le conseil, tout le village se retrouve sous l'arbre à palabre. Le chef et ses notables expliquent la situation et avec la population, ils l'analysent et discutent jusqu'à ce que tout le monde comprenne le bien-fondé de la décision* » (F. T. EHUI, *L'Afrique noire précoloniale : de la superpuissance au sous-développement*, Nouvelles Editions Ivoiriennes, Abidjan, 2002, p. 48, tel que cité par F.-K. CAMARA, A. CISSE, *op. cit.*, spéc. p. 292).

1919 J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 1983, p. 22 (nous soulignons) ; S. ROBERTS, « Culture juridique africaine. Nature de l'ordre juridique en Afrique », *in* W. Capellier, T. Kitamura (dir.)

concerner, au-delà du règlement des conflits, l'ensemble des décisions communautaires (attribution d'une terre, funérailles, divorces…)[1920].

525. La décision résultant d'un processus de décision caractérisé par la recherche d'un compromis, d'une conciliation des différents intérêts, et non par l'émission unilatérale d'un ordre au regard de règles générales et abstraites[1921], peut-elle être soumise à la méthode de reconnaissance des jugements étrangers ? Une telle condition pourrait à première vue s'opposer au caractère catégorique de la décision[1922]. Il semble difficile de caractériser l'existence d'un « *ordre à l'état pur* » ou d'un pouvoir normateur propre de l'autorité lorsque la solution a été trouvée en concertation avec les différentes parties (mais pas uniquement) et non unilatéralement. En réalité, c'est la conception sous-jacente du pouvoir (centralisé, vertical) qui porte à confusion. A comprendre le caractère catégorique comme opposé au caractère hypothétique (sous condition), et au regard d'une part du rituel normatif de l'édiction de la décision concrète, et d'autre part de la densité normative de la communauté non étatique[1923] et de l'ensemble des mécanismes de sanction sociale, la volonté de l'instance de règlement des conflits (même non précisément identifiable en la personne d'un tiers unique intervenant) est catégorique.

Aucun obstacle ne se heurte à la reconnaissance d'une telle décision, lorsqu'elle remplit les conditions dégagées (rôle de l'autorité intervenante, qui tient son pouvoir de la communauté et non des parties, et est instituée par cette première ; mécanismes de sanction sociale), et qu'elle est susceptible de reconnaissance par un ordre étatique.

Une introduction aux cultures juridiques non occidentales, Bruylant, 1998, p. 179, spéc. p. 180 : cet auteur souligne néanmoins l'existence, à côté des mécanismes de négociation et de médiation, non seulement « *des procédures de jugement dans certains royaumes africains* » ainsi que, dans certaines sociétés, « *des réponses non juridiques au conflit telles que la lutte, l'ostracisme et la sorcellerie* ».

1920 V. l'exemple kanak, *infra* n°536.

1921 Selon S. ROBERTS, les mécanismes de médiation ou d'arbitrage au sens où il les définit (v. *supra* n°522) ont notamment pour caractéristique que les normes générales et abstraites sont comprises comme de simples cadres de décision, que celles-ci peuvent être appliquées souplement, sont conçues comme un cadre de négociation afin que la solution apportée puisse être considérée comme acceptable par les parties et être observée en pratique (*Order and Dispute*, *op. cit.*, p. 101 : « *The rigid application of rules typically leads […] to a situation in which one party wins and another loses at the end of the day. Rules in acephalous societies must rather be seen as guidelines which third parties may invoke in shaping the negotiations* »). En effet, en l'absence d'autorité centralisée et de monopole de la contrainte, les ordres normatifs connaissent un ensemble de mécanismes de règlement des conflits, dont de nombreux sont fondés sur la conciliation ou le compromis d'intérêts (des parties, des groupes infra-communautaires) afin de garantir le règlement pérenne du conflit et la paix sociale. V. également : F.-K. CAMARA, A. CISSE, *op. cit.*, spéc. p. 288.

1922 P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions…, op. cit.*, n°72, p. 51.

1923 V. *supra* n°337 et s.

Si les décisions des autorités religieuses sont susceptibles d'être reconnues par certains ordres juridiques[1924], certaines décisions « autochtones » ou « traditionnelles » sont également susceptibles d'une certaine réception, parfois soumise à un contrôle léger[1925].

526. Ainsi, la méthode de reconnaissance des jugements étrangers permet une réception assez large des jugements des autorités non étatiques. Peu importe à cet égard que l'autorité soit collective, voire communautaire (tant que celle-ci est institutionnalisée), ou que la décision soit le résultat d'un processus de compromis. Il convient cependant de s'assurer de la circulation de la décision étrangère dans l'ordre étatique étranger reconnaissant, *lato sensu*, cette communauté particulière (et non ponctuellement la décision effectivement rendue).

II- L'extension de la catégorie des « autres décisions » aux décisions non étatiques

527. A côté des jugements, d'autres actes non étatiques sont susceptibles d'être reconnus. Comme pour les jugements non étatiques, il est possible d'identifier l'existence d'une volonté d'une autorité, même si celle-ci est collective et que le processus décisionnel est celui d'une conciliation ou d'une médiation. Les développements précédents peuvent être repris tels quels. Là encore, et ce point sera ici davantage développé, il s'agit de s'assurer en outre de la circulation de la décision non étatique.

La soumission des décisions autres que juridictionnelles à la méthode de reconnaissance ne fait pas l'objet de contestations doctrinales, dès lors que la volonté ou le pouvoir normateur propre de l'autorité agissante est caractérisé et que celle-ci énonce expressément un état de droit[1926]. Pour P. Mayer, à la différence des « *actes non revêtus d'autorité* »[1927], la décision n'est pas le « *simple accomplissement d'une formalité* ». Elle « *participe à une modification d'un état de droit substantiel* » « *par l'intermédiaire d'une règle de droit* »[1928], mais surtout, par la décision, l'organe agissant se prononce « *avec autorité sur la loi*

[1924] V. *supra* n°192 et s. Au Liban, « *[l]es tribunaux musulmans constituent l'une des branches de la justice étatique. Les juges de ces tribunaux sont soumis théoriquement au contrôle du ministère de la justice alors que les tribunaux des communautés non musulmanes demeurent extérieurs à l'autorité de l'Etat, dont le contrôle se limite à l'examen de leur compétence au moment de l'exécution de leurs décisions* » (R. KFOURI, « L'Etat de droit à l'épreuve du pluralisme juridique et judiciaire au Liban », *in* G. OTIS (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Ed. Karthala, Paris, 2013, p. 199, spéc. p. 201). V. plus précisément : V. PARISOT, *Les conflits internes de lois, op. cit.*, n°516, p. 758 et s. : le contrôle opéré par la Cour de cassation libanaise est doublement limité : il s'exerce à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort et au regard des règles de compétence et d'inobservation d'une formalité substantielle d'ordre public, dont l'objet est restreint. Contrairement au point de vue étatique adopté par R. Kfouri, l'auteure justifie la légèreté du contrôle par l'idée que « les décisions à examiner émanent d'un ordre juridique qui est étranger au juge libanais » (spéc. p. 760, se référant à la pensée de M.-C. Najm).

[1925] F. HOURQUEBIE, P. GERVIER, « Introduction. Les enjeux du pluralisme juridique et judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2021 (n°1), p. 29. Les auteurs citent notamment, à titre d'exemple d'ordres ayant adopté une « *logique d'articulation des différentes formes de justice* » le Liban, la Nouvelle-Calédonie, le Canada, l'Afrique de l'Ouest ou l'Afrique centrale. V. également *supra* n°194 et *infra* n°574.

[1926] *A contrario*, comme le souligne Ch. PAMBOUKIS, quand l'autorité reçoit une volonté privée, enregistre un acte, constate un fait, elle « *n'émet aucune volonté au sens strict* » (*L'acte public étranger*…, *op. cit.*, n°9, p. 14).
La reconnaissance des « autres décisions » se justifie ainsi en raison du fait que la décision est un ordre actuel, est un évènement pour les individus concernés. Peu importe à cet égard l'absence de « garanties juridictionnelles » propres à l'existence d'un contentieux devant un juge étatique.

[1927] P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance », *op. cit.*, spéc. n°12, p 554.

[1928] *Ibid.*

applicable »[1929]. Ainsi, sont des décisions, et non des actes dépourvus d'autorité, « *une décision prise par un organe de type politique ou administratif : mesure de protection d'un mineur prise par un office de la jeunesse, divorce prononcé par un parlement, changement de nom autorisé par un décret…* »[1930]. Pour Ch. Pamboukis, ces décisions sont des actes « *volitifs* » « *modifiant l'état de droit* »[1931], soumis foncièrement à la méthode de reconnaissance. Pour P. Callé, qui met en avant le critère des effets de l'acte émis, les actes précités comportent un « effet décisionnel » en raison de l'existence d'un pouvoir propre de l'autorité agissante.

Que signifie que l'organe agissant se « *prononce avec autorité sur la loi applicable* »[1932] ? Que celui-ci affirme expressément l'existence d'un état de droit nouveau, cette affirmation étant pourvue d'une autorité propre[1933] ? Un rôle central est accordé à l'expression de la volonté de l'autorité. Celle-ci existe en raison des pouvoirs dont l'autorité bénéficie dans son ordre juridique[1934].

528. Or cette exigence semble difficilement transposable aux ordres non étatiques, ou nécessite du moins d'être précisée.

En effet, une fois définie la communauté non étatique, ce n'est plus la détermination de la nature privée ou « publique » de l'autorité intervenante qui est problématique[1935] : l'autorité religieuse ou ethnique est considérée comme « publique » dès lors qu'elle agit au nom de la communauté socioculturelle. La difficulté est davantage liée aux caractères dispersé ou diffus de l'autorité agissante (au contraire des jugements, soumis à la condition de l'existence d'une instance de règlement des conflits), rendant l'imputation d'une volonté ou d'un pouvoir particulièrement délicate. En réalité, cette exigence est fortement liée à une vision verticale du pouvoir, pouvant se fonder sur l'archétype de soumission de M. Alliot[1936].

La difficulté ne peut se dissiper que dès lors que l'on considère la portée des interventions de(s) autorité(s) non étatiques à la lumière des particularités de l'ordre non étatique. Il ne s'agit pas de prôner l'extension de la *lex causae* dans l'opération de qualification de « décision »[1937]. En effet, pour ce faire, il s'agirait tout d'abord de réussir à la désigner et à l'appliquer, ce qui s'est révélé à l'examen

---

[1929] *Ibid*., spéc. n°15, p. 556. Nous soulignons.
[1930] *Ibid*., spéc. n°9, p. 553.
[1931] Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit*., spéc. n°70, p. 54. Pour une critique, P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, *op. cit*., n°358 et s., p.183 et s.
[1932] P. MAYER, *op. cit*., spéc. n°15, p. 556.
[1933] P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé, op. cit*., n°489, p. 339 ; P. MAYER, *La distinction…, op. cit*., n°188, p. 136.
[1934] P. MAYER, *La distinction entre règle et décision…, op. cit*., n°26, p. 18 : « *sa force obligatoire [de l'acte-formalité] n'existe que parce qu'elle est prévue par la norme substantielle qui précise ses effets, alors que celle des jugements par exemple, découle de la règle, non substantielle, qui ordonne l'obéissance aux actes faits par les juges en leur qualité. Cette différence est seulement la conséquence du fait que les auteurs des actes-formalités n'ont qu'une habilitation limitée (ils peuvent effectuer la formalité) alors que les juges ont une habilitation très large (ils peuvent juger)* ».
[1935] V. P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *op. cit*., n°500, p. 345, note 28.
[1936] V. déjà *supra* n°422.
[1937] Ce raisonnement aurait pu être emprunté à R. El-Husseini Begdache, qui prône dans sa thèse l'extension de l'incidence de la *lex causae* (*op. cit*., n°204, p. 91 et s.) : « *L'approche de M. Pamboukis, ou du moins, notre interprétation, peut s'analyser comme une extension de la* lex causae *dans l'opération de qualification. Certes c'est la loi du for qui procède au classement de l'acte étranger, toutefois, contrairement à la qualification mise en œuvre par les tribunaux, la qualification proposée permet d'éviter l'absorption de l'enveloppe procédurale de la répudiation par celle du divorce. Cette extension parait nécessaire pour échapper au raisonnement circulaire qui consiste à adopter une qualification fondée sur l'équivalence fonctionnelle de la répudiation et du divorce parce qu'on ignore les structures de l'institution étrangère, pour finir par la qualifier précisément par la structure de l'institution française correspondante (structure juridictionnelle) et non par sa fonction (celle de mettre fin au lien conjugal du vivant des époux)* ».

particulièrement délicat[1938]. Il s'agit davantage de poser en amont une présomption, se fondant sur les caractéristiques de l'ordre non étatique mises en lumière : toute intervention d'une autorité non étatique tierce aux parties agissant au nom de sa communauté et affirmant un état ou statut personnel ou familial doit être considérée comme une décision au sens strict, susceptible de reconnaissance selon la méthode de reconnaissance libérales des jugements étrangers.

Une telle présomption se justifie par des éléments déjà mis en lumière : la dimension intrinsèquement « publique » des normes personnelles et familiales pour les ordres non étatiques ainsi que la densité normative venant assurer la difficile remise en cause de l'état de droit consacré[1939]. A cela s'ajoute la difficulté d'imputer une volonté unique aux autorités agissantes, soit plus généralement celle de faire le départ entre décision et acte non revêtu d'autorité (A). Une condition est toutefois essentielle : celle de la potentielle reconnaissance de la décision non étatique (B). Une telle présomption se distingue des solutions traditionnellement admises en doctrine, et il convient d'en apprécier la mesure (C).

A- Les justifications du principe de la qualification de l'acte non étatique comme décision

529. A se pencher sur les normes non étatiques, la qualification de « décision » apparait en réalité plus aisée qu'on aurait pu le penser au premier abord. En effet, celles-ci, notamment dans le domaine personnel et familial, ont bien souvent un caractère intrinsèquement politique[1940]. Cette considération pourrait suffire à l'ouverture de la catégorie « décision » à des normes que l'on aurait pu de prime abord, d'un point de vue ethnocentré, considérer comme des « règles ». L'érection d'une telle considération en critère prépondérant de définition de la décision peut se prévaloir des incertitudes du droit positif quant à la méthode à appliquer à des normes provenant de cultures normatives marquées par une forte hétérogénéité (1). Mais surtout, la distinction classique entre décision et règle se heurte aux particularités des ordres non étatiques, principalement liées au phénomène d'autorité, montrant l'inadéquation des critères proposés en doctrine (2).

1) Parti pris méthodologique et considération politique

530. C'est davantage en raison des modifications sociales que l'intervention d'une autorité déclenche dans certains contextes normatifs étrangers que la méthode de reconnaissance peut sembler pertinente : la situation cristallisée par la norme étrangère peut être considérée comme un « *fait accompli* » susceptible de reconnaissance.

A titre d'illustration, on peut mentionner les hésitations du droit positif quant aux méthodes lorsqu'il s'agit de faire produire des effets ou de contester un « divorce privé », c'est-à-dire une désunion ne résultant pas d'une décision d'un organe juridictionnel étatique étranger. Ce terme regroupe un ensemble d'hypothèses (*talaq*, remise du *guet* devant un tribunal rabbinique, mais aussi divorce par consentement mutuel français résultant de la loi du 18 novembre 2016) pouvant être distinguées selon plusieurs éléments : les désunions effectuées en dehors de l'intervention de toute autorité, lorsque l'autorité a un rôle purement réceptif, est religieuse ou coutumière, ou encore lorsque l'autorité non étatique n'est pas reconnue par un Etat étranger… Les modalités de la

[1938] V. *supra* n°402 et s.
[1939] V. *supra* n°336 et s.
[1940] V. *supra* n°251 et s.

« *désunion* »[1941] sont en effet extrêmement disparates en droit comparé[1942]. En droit positif français, européen et comparé, le traitement du « divorce privé » connait une grande hétérogénéité, les solutions étant caractérisées par l'hésitation entre les méthodes ou une articulation de celles-ci[1943]. Les solutions de droit positif montrent les difficultés de saisir le divorce non étatique étranger, lorsque les cultures normatives et phénomènes d'autorité sont marqués par une forte hétérogénéité. La question se pose avec davantage d'acuité, dès lors que, comme c'est le cas depuis plusieurs années, le divorce tend à perdre son caractère juridictionnel dans les droits européens. Contrairement à ce qui a pu être avancé en doctrine, il ne semble pas (ou plus) que l'assimilation classique en droit français entre divorce et procédure judiciaire soit la cause du traitement jurisprudentiel des divorces « privés » étrangers selon la méthode de reconnaissance[1944]. C'est davantage en raison du caractère constitutif de l'acte « privé » de divorce et des modifications sociales qu'il implique dans certains contextes normatifs étrangers que la méthode de reconnaissance semble pertinente.

531. Comme il a déjà pu être montré par d'autres, le choix méthodologique résulte davantage d'un « *parti pris* »[1945] en faveur d'une méthode plus libérale. Le choix de la soumission aux méthodes de reconnaissance, soit de détermination du seuil de « *cristallisation* » [1946] de la situation, ou encore de celui à partir duquel considérer l'acte résultant de l'intervention de l'autorité comme un « *fait accompli* » repose sur un ensemble d'arguments.

Les propositions doctrinales conçoivent un élargissement des méthodes de reconnaissance à des actes publics étrangers ne pouvant être qualifiés comme des décisions juridictionnelles (et potentiellement selon un contrôle particulier)[1947]. Nous prendrons un autre chemin, en argumentant qu'en raison de la diversité normative, une fois la relevance d'ordres non étatiques retenue, la notion même de décision peut être élargie à l'intervention d'une autorité non étatique. L'argumentation qui suit est donc particulière aux ordres normatifs non étatiques et entraîne des conséquences bien plus limitées que celles prônées en doctrine au nom de la reconnaissance des situations ou des actes quasi-publics.

Prenons l'exemple de la célébration du mariage, véritable enjeu de la relevance d'ordres non étatiques. L'analyse classiquement menée est la suivante : « *de la seule célébration d'un mariage, il serait téméraire d'en déduire sa validité. […] De l'unique constatation qu'un mariage a été célébré par un organe public étranger, les parties ne peuvent tirer la légitimité d'une prévision de validité du mariage. […] La source du lien*

[1941] Le terme est de H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », RCADI 1991, vol. 226, p. 17.
[1942] F. FERRAND, H. FULCHIRON (dir.), *La rupture du mariage en droit comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2015.
[1943] V. déjà *supra* n°513 et s. sur le droit suisse.
[1944] R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique, op. cit*., n°178, p. 112. Mais surtout, son absence de prise en compte dans le champ d'application du règlement Rome III semble de plus en plus difficile à soutenir, d'autant que la loi applicable à vocation universelle (art. 4 Rome III).
[1945] S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP* 2007, p. 307, spéc. n°11 (v. déjà *supra* n°521).
[1946] Sur ce terme, v. *supra* n°147 et s.
[1947] P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions…, op. cit.* ; « Les méthodes de la reconnaissance … », *op. cit.*) ; Ch. PAMBOUKIS (*L'acte public étranger…, op. cit.* ; « L'acte quasi public en droit international privé », *RCDIP*, 1993, p. 570 ; « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513) ; P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Préf. P. Mayer, Paris, Economica, 2004.

matrimonial reste la règle de droit applicable ; c'est donc au regard de cette règle, par application d'une méthode de conflit de lois, qu'il faut vérifier la validité du mariage »[1948]. Du fait qu'une action en nullité est toujours possible, il en est déduit que les prévisions des parties ne seraient pas suffisamment légitimes pour justifier le passage à une méthode plus libérale. Certes, la remise en cause du mariage, son annulation, est également prévue par les ordres non étatiques, notamment religieux. On peut ainsi citer les vices du consentement, et notamment l'erreur sur la personne (virginité, stérilité)[1949]. Cependant, la création de liens personnels et familiaux revêt, et le propos est généralisant, une autre dimension dans les ordres non étatiques : ce sont eux qui définissent et créent la communauté[1950]. La remise en cause est généralement plus difficile, plus rare et restrictivement conçue, précisément en raison de cette dimension politique.

Précisément, n'est-ce pas là le cœur de l'accès à une méthode plus libérale ? Si la reconnaissance concerne premièrement les jugements, c'est, pourrait-on soutenir, parce que l'acte de l'autorité (juridictionnelle) fixe définitivement le statut des parties. Certes, le mariage, même non étatique, peut être remis en cause. Néanmoins, la contrainte sociale que déclenche l'intervention de l'autorité non étatique est trop importante pour ne pouvoir se contenter que d'une reconnaissance exceptionnelle[1951]. En d'autres termes, on considère que l'intervention de l'autorité non étatique ancre, en raison des caractéristiques de l'ordre non étatique (holiste et dense[1952]) et de l'importance pour celui-ci des rapports personnels et familiaux, l'acte dans l'ordre normatif au nom duquel elle agit.

2) La difficile identification de l'autorité non étatique et la remise en cause des critères doctrinaux

532. La difficulté reste d'identifier l'autorité non étatique agissante. En effet, le pouvoir politique peut être organisé de manière très diverse, oscillant entre des modèles verticaux, pour lesquels la figure du « chef » est facile à identifier, et des modèles plus horizontaux, pour lesquels l'importance donnée aux familles ou aux chefs de famille peut venir plaider en faveur de leur qualification comme autorité[1953].

533. Les ordres normatifs adoptant un modèle vertical permettent une identification aisée de l'autorité agissante, ainsi que de l'existence d'une décision. Tel est le cas des normes de comportement émises par des chefs (de groupe, de village, de famille) en Afrique centrale : le chef « *représente l'autorité politique instituée, et les règles orales énoncées sont obligatoires pour les membres de la communauté sous peine de se voir infliger une sanction. Le pouvoir découle de la légitimité des ancêtres et de la*

1948 P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, *op. cit.*, n°378, p. 193 ; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions…, op. cit.*, n°225, p. 171.

1949 Notamment lorsque le divorce est inexistant.

1950 V. *supra* n°251 et s.

1951 V. *infra* n°553 et s.

1952 V. *supra* n°336 et s.

1953 Pour l'Afrique traditionnelle, où les relations politiques étaient organisées « *selon un vaste spectre [allant] de formes structurées fort proches de l'État médiéval européen à des formes dites acéphaliques dans lesquelles aucune autorité centrale n'existe, de structures monocratiques simples ou complexes à une véritable démocratie de base, du niveau de véritables empires multinationaux à celui de la famille plus ou moins étendue* », v. J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains, op. cit.*, p. 14. Rappr. M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique ? », *in* G. Conac (dir.), *Dynamiques et finalités des Droits africains*, Economica, Paris, 1980, p. 467, spéc. p. 470. V. déjà *supra* n°514 (*talaq* nu).

transmission de pères en fils »[1954]. Au-delà des normes émises par le chef, F. Hourquebie relève également « *les échanges qui naissent de la pratique du palabre et qui structurent les règles de comportement du groupe* »[1955].

534. L'organisation politique horizontale, permise notamment par le caractère restreint de la communauté[1956], rend plus difficile la distinction entre autorité privée ou appartenant à un ordre normatif, entre « acte privé » et « norme ». Ainsi, si jusqu'à présent, les décisions d'une institution de règlement des conflits, par ailleurs critère de la relevance de l'ordre non étatique, étaient plutôt aisées à identifier, l'autorité non étatique non juridictionnelle ayant un pouvoir de décision l'est plus difficilement. Des autorités telles que les conseils de famille ou les clans ou groupes ethniques, peuvent entrer en considération.

535. L'explication théorique de l'extension de la catégorie de décision peut être recherchée dans les fondements de la légitimité de l'autorité selon Weber, justifiant que l'ordre émis soit suivi par l'assujetti. Pour le sociologue, l'ordre « *est légitime parce qu'il est conforme aux usages (pouvoir traditionnel), parce qu'il respecte une procédure et qu'il est fondé sur une compétence et un savoir (pouvoir rationnel légal), ou parce qu'un chef charismatique est investi d'un charme ou d'une grâce (pouvoir charismatique). Les trois fondements de la légitimité pouvant bien entendu être panachés au service d'une seule et même autorité* »[1957].

On prendra plusieurs exemples de désunion pour illustrer les différentes figures de l'autorité non étatique marquée par une horizontalité du pouvoir : celle clanique dans la communauté kanak en Nouvelle-Calédonie[1958], celle familiale en République démocratique du Congo dans la communauté pendé[1959] ainsi que celle religieuse devant le rabbin (a). A se pencher sur ce dernier exemple, on relèvera que les critères de distinction entre les méthodes dégagés en doctrine se révèlent difficiles d'application (b).

a) Exemples attestant de l'horizontalité du pouvoir

536. La désunion clanique en Nouvelle-Calédonie. De manière très générale, la société kanak est organisée selon un système de chefferie (chef de clan, grand-chef), constituant les « autorités coutumières » (pour le droit français)[1960]. Le chef « *dit la coutume* », réglant les questions coutumières du quotidien (avec pour sanction les « *châtiments coutumiers* » : réprimandes publiques, expulsions, confiscation et destruction de biens, « astiquage », et processus de réparation et de réconciliation) ; pour les questions les plus importantes, les palabres ont lieu : « *[a]insi le mariage, l'adoption, la filiation, l'attribution d'une terre pour l'installation d'un couple, les divorces, les funérailles ou encore la dévolution des biens utilisés par le défunt ne sont pas des questions individuelles mais des affaires claniques réglées*

1954 F. HOURQUEBIE, « Le juge à la jonction d'un pluralisme désordonné en Afrique centrale », *in* G. Otis (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Ed. Karthala, Paris, 2013, p. 151, spéc. p. 159.
Pour l'exemple du Ghana, v. S. TWENEBOAH, « A clash of legal norms, Banishment as a customary religious sanction in Ghana », *Journal of Law, Religion and State*, 2017, p. 87.
1955 F. HOURQUEBIE, *op. cit.*, spéc. p. 159.
1956 V. *supra* n°340 et s.
1957 S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, *op. cit.*, n°47, p. 59 ; v. également R. BOUDON, F. BURRICAUD, v°Autorité, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, Paris, 1986, p. 32.
1958 L'exemple est certes tiré du droit interne, mais peut néanmoins être utilisé à titre d'illustration.
1959 Les Bapendé (pluriel de Pendé) sont un peuple bantou d'Afrique centrale, présent en province du Bandundu et du Kasaï-Occidental en République démocratique du Congo, dans les territoires d'Idiofa, de Gungu et (Tshikapa).
1960 F. FERAL, A.-L. MADINIER, « Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (n°1), p. 51, spéc. n°11.

par des discussions collectives »[1961]. La société kanak est marquée par sa hiérarchisation, les décisions des autorités s'imposant aux membres de la société : « *[a]insi, les mariages inter-claniques peuvent se conclure sans le consentement des époux et l'attribution des biens coutumiers se faire dans le cercle restreint du conseil des anciens* »[1962].

Plus spécifiquement quant à la dissolution du mariage, « *si ce sont les clans qui déclarent le mariage, ce sont aussi les clans qui en prononcent la dissolution (cf. CA Nouméa, 24 avril 2013, n°RG : 2012/-503, W. c/ P.). Ainsi, les juges ont rappelé dans de nombreuses décisions que le « mariage n'est pas seulement l'union d'un homme et d'une femme, il scelle également l'alliance entre deux familles et deux clans ; la dissolution du mariage est donc aussi l'affaire des clans des époux et il y a lieu de solliciter leur avis avant de statuer sur la demande » (TPI Nouméa, ordonnance n°1775 du 5 août 1997, L. c/ W.)* »[1963].

A ce titre, les clans peuvent être qualifiés d'autorité, et la désunion de fruit de leur volonté, norme catégorique et concrète, soit d'une décision.

537. La désunion familiale en république démocratique du Congo. Dans une étude relative au droit coutumier, R. Verdier note l'importance du mariage et de sa dissolution pour les familles : au-delà de l'union des époux, il s'agit de la création d'une solidarité inter-familiale, décidée par concertation des familles. Pour les bapendés, dans le cas, usuel, où la remise de la dot n'est pas une condition de désunion des époux, celle-ci n'entraîne pas la fin du lien inter-familial, qui lui subsiste[1964].

Les familles, ou la réunion du conseil de famille, peuvent-ils être considérés comme des autorités ? Le mariage et la désunion comme l'effet de décisions ? Avant de répondre à ces interrogations, il convient de citer un dernier exemple.

538. La désunion religieuse : la remise et l'acceptation du *guet* devant le rabbin. La question se pose également pour le rabbin : peut-on considérer que le rabbin, devant lequel est remis et accepté le *guet*[1965], agit en tant qu'autorité et émet une décision ?

En raison de la fréquence de ce cas de figure en pratique, de nombreux auteurs se sont penchés sur la qualification de l'acte émis par le rabbin. Dans ce cas précis, il est majoritairement soutenu en doctrine qu'il ne s'agit pas d'une décision, mais d'un acte non revêtu d'autorité ou quasi public. Toutefois, l'application des critères dégagés en doctrine se révèle difficile, venant plaider en faveur d'une présomption selon laquelle ces actes doivent être considérés comme des décisions soumises au régime de la reconnaissance des jugements étrangers.

b) La difficile application aux ordres non étatiques des critères dégagés en doctrine

539. A se pencher sur le cas de l'intervention du rabbin lors de la dissolution du mariage au regard des normes hébraïques, la qualification de l'acte de celui-ci comme un acte non revêtu

---

1961 *Ibid*., spéc. n°12. Nous soulignons.
1962 *Ibid.*
1963 A. NALLET, « La dissolution du mariage », *in* E. Cornut et P. Deumier (responsables scientifiques), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), coll. Larje, 2018, p. 85, spéc. p. 87.
1964 R. VERDIER, « Customary Family Law », *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. IV, Brill, Novembre 1982, spéc. n°279.
1965 Pour la distinction avec la situation où les parties ne sont pas d'accord, v. I. STIBBE, *op. cit*., n°94 et s., p. 66 et s.

d'autorité est majoritairement défendue en doctrine. Cependant, on peut douter de l'adéquation des critères pensés pour départager les méthodes, lorsque sont en cause des actes d'ordres non étatiques.

On reprendra sans systématique poussée les différents critères qui sont ou ont pu être avancés en doctrine. A cet égard, il n'apparait pas réellement utile de les confronter entre eux[1966]. En effet, aucun n'apparait réellement satisfaisant dans notre hypothèse.

- *Le critère de la volonté de l'autorité (Ch. Pamboukis, P. Mayer)*. On peut douter de l'édiction d'un ordre par le rabbin, dans le cas où les parties sont d'accord sur leur désunion (la désunion se produit devant lui mais pas par lui). Il n'y a pas d'émission d'une volonté au sens strict par ce premier, certains auteurs comparant son intervention à celle d'un notaire[1967]. Ne pourrait-on cependant pas soutenir que le phénomène d'autorité est en réalité « partagé » entre les parties et le rabbin ? Certes, il semble difficile de soutenir que les parties elles-mêmes sont des « autorités » émettant une « décision », au risque de ne plus pouvoir identifier la norme (v. la problématique du *talaq* « nu »[1968]). Surtout, l'intervention du rabbin étant nécessaire, il est impossible de se fonder sur leur unique volonté. Néanmoins, ne serait-ce pas possible de considérer que l'intervention du rabbin vient cristalliser de manière suffisamment forte la désunion ? Il est en effet probable que la décision du mari, non contestée par l'épouse et confirmée par le rabbin soit suffisamment dotée de force obligatoire pour ne pouvoir être remise en cause. On l'aperçoit, le critère de la volonté n'apparait pas satisfaisant : la volonté du rabbin n'est pas inexistante, mais n'apparait pas suffisante en raison du caractère diffus de l'autorité. En réalité, on remarque là la difficulté d'appréhender des mécanismes particulièrement diffus d'autorité par le critère de la volonté.

- *Le critère de la modification de l'état de droit par l'acte étranger (Ch. Pamboukis)*. Ce critère ne saurait être pertinent : il nécessite d'admettre que l'état de droit préexiste à l'intervention de l'autorité, ce qui est fort douteux[1969] ; par ailleurs, la distinction effectuée par Ch. Pamboukis

---

1966 On remarquera aujourd'hui que la position majoritairement retenue est celle de P. Callé dans sa thèse (*op. cit.*). V. pour une critique de ces idées par Ch. PAMBOUKIS : « La renaissance-métamorphose… », *op. cit.*, n°53 ; pour une critique de celles de Ch. Pamboukis par P. MAYER : *RCDIP* 1994, p. 873. Du même auteur, sur la pensée de P. Callé : P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance… », *op. cit.*, spéc. n°14, p. 555 et s.

1967 Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit.*, n°125, p. 87 (toutefois nuancé) ; L. WEILL, *Le divorce des Israélites russes en France*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1909, p. 23.

1968 V. *supra* n°514.

1969 Pour Ch. Pamboukis, « *[u]ne situation juridique naît non seulement quand un litige est tranché mais normalement dans une multitude de circonstances ne supposant pas un litige* » (*op. et loc. cit.*). L'intervention d'une autorité rend le droit subjectif existant, celui-ci est alors considéré comme « créé » à l'étranger et la question de la localisation du rapport de droit ne se pose plus. Il convient alors de raisonner en termes de reconnaissance. L'auteur effectue une distinction entre « la confirmation » et la « création » du rapport : le rapport préexiste à l'intervention de l'autorité, qui peut alors le confirmer. Une fois le rapport « créé » ou « existant » à l'étranger, il conviendrait de raisonner en termes de reconnaissance. Seulement lorsqu'il est question de « création » d'un rapport, les règles de conflit de lois sont applicables.
Reste alors à savoir quand est-ce qu'un droit subjectif « existe », notamment lorsque celui-ci n'a pas été « confirmé ». Comme celui-ci ne se constate pas, l'opération semble délicate. Considérer qu'à partir de la « confirmation » de « l'existence » du rapport de droit, il convient de changer de méthode, au motif que dans l'ordre juridique étranger, le rapport existe jusqu'à son éventuelle remise en cause par le juge étranger, nécessite une justification particulière. Celle-

entre les actes quasi publics, qui seraient des actes matériels, au contraire des décisions, qui seraient intellectuels[1970], ne peut être retenue. C'est précisément parce que la décision est de l'ordre matériel, concret, à caractère évènementiel, incorporée dans un rituel, que sa reconnaissance par une méthode libérale est prônée.

- *Le critère de la fonction volitive ou réceptive de l'autorité.* Selon Ch. Pamboukis, l'intervention constitutive de l'autorité entraine la qualification d'acte public et la soumission aux méthodes de reconnaissance. L'organe doit participer à la constitution du rapport juridique. « *Pour qualifier l'acte étranger, on doit procéder à la recherche de la fonction que l'organe a assumée dans le cas précis. Cette recherche ne pourra qu'aboutir à établir une fonction soit réceptive, soit volitive. Cette démarche doit se faire de façon concrète* »[1971]. Comme le souligne R. El-Husseini Begdache, « *le point cardinal de cette distinction demeure la loi de la qualification. A la question de savoir quelle est la loi qui déterminera si l'intervention d'un organe public est nécessaire à la constitution du rapport, M. Pamboukis apporte la réponse incontournable de la* lex fori »[1972]. Dans le Répertoire de droit international, l'auteur cite l'ensemble des fonctions susceptibles d'être assumées par l'autorité étrangère : « *[e]n somme on peut distinguer la fonction du notariat latin, une fonction d'authentification passive, réceptive qui a pour fonction la réception d'une volonté privée, mais aussi le contrôle de l'identité et de la capacité des parties, une fonction de publicité, de documentation publique, s'agissant surtout des registres publics assumant la charge de la publicité (par ex. le registre foncier), une fonction de certification de l'état civil, attestant diverses qualités de la personne (état de personnes) ou un fait fondamental la concernant (naissance ou décès) et enfin une fonction dite constitutive, qui nécessite pour la validité de la constitution d'un rapport de droit (d'essence privée) la participation d'une autorité publique garantissant divers aspects d'intérêt public (acte de mariage par ex.)* »[1973].

  Une telle conception suppose une certaine équivalence des fonctions des autorités françaises et étrangères. L'auteur se réfère d'ailleurs expressément à Ph. Théry afin d'admettre, pour contrer le « *phénomène de la frontière* » une « *équivalence fonctionnelle entre les organes du for qui interviennent dans l'ordre interne dans le domaine litigieux et ceux qui sont chargés dans l'ordre étranger de mettre en œuvre la lex causae dans le même domaine* »[1974]. Cependant, on notera que pour Ph Théry, « *[i]l faut conclure que la substitution des juridictions françaises aux organes étrangers, quels qu'ils soient, s'impose comme une conséquence naturelle de la souveraineté des Etats. On ne saurait, en effet, attendre de chaque Etat qu'il modèle son organisation judiciaire sur celle des autres, de sorte que l'on retrouve des correspondances d'un Etat à l'autre. Le particularisme doit s'effacer derrière la*

---

ci ne peut se fonder sur la création du rapport, qui lui préexiste ; elle peut alors se fonder sur les effets que produit l'intervention de l'autorité étrangère au sein de l'ordre étranger. Mais alors, la reconnaissance doit-elle aller au-delà de la reconnaissance de plano des actes publics en matière personnelle et familiale ? Lorsque l'acte est contesté devant le for de la reconnaissance, soit devant le juge français, y-a-t-il un sens à raisonner en termes de reconnaissance, et non en termes de conflit de lois ? L'ordre étranger n'a pas pris position sur la validité du rapport de droit. Ce contrôle doit-il réellement faire l'impasse du conflit de lois, au risque de consacrer la validité de la situation alors que l'ordre étranger jugé le plus pertinent aurait potentiellement considéré le mariage comme non valable ?

[1970] Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit.*, n°70, p. 54.

[1971] *Ibid.*, n°129, p. 90. Nous soulignons.

[1972] R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, n°200, p. 90 ; Ch. PAMBOUKIS, « L'acte quasi public en droit international privé », *RCDIP* 1993, p. 580.

[1973] Ch. PAMBOUKIS, « Acte public étranger », *op. cit.*, n°23.

[1974] Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit.*, note 67, p. 85. L'auteur fait référence à la thèse de Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence…, op. cit.*, n°68, p. 71.

fin poursuivie – le prononcé d'un acte juridictionnel -) »[1975]. L'équivalence est donc admise entre autorités étatiques. Si Ph. Théry admet l'équivalence avec les juridictions canoniques, c'est en raison de leur intégration à l'ordre juridique espagnol[1976]. Or, nous l'avons vu : l'équivalence des institutions semble particulièrement difficile à admettre lorsque sont en cause des ordres non étatiques[1977].

Une analyse précise de la fonction du rabbin ne permet pas de conclure avec certitude sur le cas présenté : si Ch. Pamboukis part du constat que l'intervention du rabbin en cas d'accord des époux sur leur désunion est fondamentalement notariale[1978], soit réceptive et déclarative (elle n'est qualifiée de constitutive qu'*in fine*, puisque l'acte intervient dans le domaine personnel et familial), I. Stibbe quant à elle plaide pour une intervention dans tous les cas décisionnelle, et donc volitive, en raison du pouvoir d'appréciation du rabbin[1979] et au regard de son pouvoir de contrainte[1980]. Devant la difficulté d'apprécier au cas par cas le rôle du rabbin, comment procéder ? En réalité, la fonction du rabbin est fondamentalement inconnue du juge français[1981] et que les critères semblent peu propices à saisir les normativités non étatiques.

On remarquera que les mêmes difficultés de qualification quant à la fonction de l'autorité étrangère[1982] réapparaissent au stade de la mise en œuvre des méthodes de reconnaissance. Qu'il soit question de « fonction juridictionnelle » ou « d'intervention constitutive ou réceptive », l'intervention de l'autorité non étatique peut, dans certaines hypothèses, difficilement se laisser qualifier. N. Yassari plaide ainsi, dans le cadre du règlement Rome III, pour une équivalence fonctionnelle non des autorités, mais des « institutions » normatives. Ainsi, il conviendrait de retenir une catégorie large du « divorce » ou du « mariage », de manière à englober également les actes « purement privés »[1983]. Une telle option a cependant déjà été écartée[1984].

- *Le critère de l'édiction d'un état de droit nouveau (P. Mayer).* Le rabbin édicte-t-il un état de droit ? Son intervention purge-t-elle l'acte privé de ses vices[1985] ? Tout dépend du caractère

---

1975 *Ibid.*, n°68, p. 71.
1976 *Ibid.*, n°67, p. 71.
1977 V. *supra* n°416 et s.
1978 Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger…, op. cit.*, n°125, p. 87.
1979 I. STIBBE, *op. cit.*, n°100 et s., p. 69 et s. « *Ce n'est donc pas seulement une question de capacité que le rabbin a pour mission de surveiller. Il a aussi le devoir de s'assurer de la volonté réelle et effective des époux de divorcer. Dès lors, sa fonction n'est-elle pas plus comparable à celle du juge français qui, aux termes du nouvel article 232 du Code civil, doit prononcer le divorce par consentement mutuel "s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé " ?* » (spéc. n°103, p. 71).
1980 V. déjà *supra* n°509.
1981 V. *supra* n°431 et s.
1982 V. *supra* n°430 et s.
1983 « *La condition d'une intervention étatique pour couvrir les divorces privés européens et le renvoi à une participation constitutive d'une autorité étatique quelconque ne convainc pas, en tout cas si cela ne permet pas de garantir la légalité de la dissolution du mariage au sens le plus large. En outre, la délimitation entre la participation constitutive ou déclarative de l'autorité pose des difficultés considérables, surtout là où cette dernière pourrait être considérée comme un équivalent fonctionnel en raison d'un examen précis. La conséquence logique de cette évolution, des difficultés de délimitation ainsi que de la diversité mondiale des types de dissolution du mariage est - contrairement à la recommandation de l'avocat général Saugmandsgaard Øe - une interprétation large de la notion de divorce, qui englobe également le divorce privé* » (traduction libre, N. YASSARI, « Wie privat darf die Scheidung sein ? », Verfassungsblog, 22.09.2017 (https://verfassungsblog.de/wie-privat-darf-die-scheidung-sein/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).
1984 V. *supra* sur la nécessité d'intervention d'une autorité non étatique, n°504 et s.
1985 P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, *op. cit.*, note 4, p. 339.

contentieux ou non de la désunion, faisant varier l'intensité du contrôle du rabbin[1986]. Le critère de l'édiction d'un état de droit par l'autorité intervenante suppose la verticalité du pouvoir, hypothèse qu'il convient précisément d'écarter.

- *Le critère de l'effet décisionnel de l'acte (P. Callé)*. P. Callé fonde son analyse sur une approche normativiste du rôle de l'autorité. Il convient de vérifier si l'autorité a ou non un pouvoir propre, normateur. Dans le cas des ordres normatifs non étatiques connaissant un pouvoir horizontal et donc un phénomène d'autorité diffus, il sera impossible de reconnaitre l'existence d'une autorité « *ayant un pouvoir décisionnel propre* »[1987]. Ainsi, il semble difficile de reconnaitre au rabbin dans le cas précité un pouvoir propre de décision, et ainsi valider l'effet décisionnel de l'acte permettant la soumission de celui-ci à la méthode de reconnaissance des décisions.

Les critères avancés, difficiles d'application au sein du paradigme étatique, se révèlent d'autant plus rétifs à la subsumption lorsque l'autorité agissante est celle d'un ordre non étatique caractérisé par une horizontalité du pouvoir, par le caractère diffus de l'autorité. Les critères nécessitent une compréhension du fonctionnement de l'ordre non étatique difficile à attendre du juge français saisi d'un litige de droit international privé.

Le droit positif semble quant à lui plus simplement se contenter de l'« *exercice d'un pouvoir d'appréciation au regard de la situation concrète* »[1988] par l'autorité, ou bien du fait que les autorités sont investies du pouvoir juridictionnel dans leur ordre juridique, ou encore lorsque les décisions de ces autorités portent sur « *des questions qui, en France, auraient été de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire* »[1989]. Dans l'exemple de la remise et de l'acceptation du *guet* devant le rabbin, celui-ci ayant « *le devoir de s'assurer de la volonté réelle et effective des époux de divorcer* »[1990], une telle condition semble pouvoir être validée. Par ailleurs, celui-ci est également l'autorité juridictionnelle (compétente par exemple pour la désunion conflictuelle). Ainsi, des décisions de désunion émanant d'autorités religieuses (étatiques cependant) ont pu être reconnues[1991].

Au regard du libéralisme du droit positif et de la difficulté d'appliquer les critères dégagés par la doctrine, la présomption du caractère décisionnel de l'acte émis par une autorité non étatique au regard d'une situation concrète semble pouvoir être admis. Une telle solution semble permettre plus justement la prise en compte de la spécificité des ordres non étatiques, caractérisés par un contrôle social dense et pour lesquels les relations personnelles et familiales possèdent une dimension politique marquée.

1986 I. STIBBE, *op. cit*., n°94 et s., p. 66 et s.
1987 V. *supra* n°527.
1988 A. HUET, « Effets en France des jugements étrangers. Introduction générale : délimitation de l'étude », *JurisClasseur procédure civile,* Fasc. 2000-55, 28 mai 2020, citant D. Bureau et H. Muir Watt.
1989 P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé, op. cit.,* n°501 et p. 346. Cette dernière option est à juste titre critiquée par les auteurs.
1990 I. STIBBE*, op. cit*., n°103, p. 71, se référant au *Choulkhan Aroukh*, chapitre 154 bis : « Le rabbin demandera au mari si c'est bien volontairement qu'il répudie sa femme, s'il agit en dehors de toute violence, d'un vœu ou d'un serment qu'il aurait fait ».
1991 V. à titre d'exemple, TGI Paris, 19 janv. 1978 (*JDI* 1979, p. 618, note M. SIMON-DEPITRE ; *RCDIP* 1978, p. 543, note V. DELAPORTE) ainsi que les arrêts précités relatifs aux répudiations. V. plus récemment, en matière de litispendance internationale : Civ. 1, 18 janv. 2017, n°16-11630.

Néanmoins, tout comme pour les jugements non étatiques, ces décisions doivent être susceptibles de reconnaissance, entendue au sens large, par un ordre juridico-étatique.

B- La nécessité d'une reconnaissance étatique de la décision

540. La décision non étatique doit pouvoir faire l'objet d'une réception dans l'ordre étatique reconnaissant l'existence de la communauté non étatique. Trois exemples viendront expliciter cette exigence.

541. Exemple des désunions claniques et de l'ordre juridique français. Ici encore, il est possible de tirer profit de l'exemple de pluralisme interne de la coordination avec les normes coutumières kanak, et notamment de la question des désunions claniques : la dissolution clanique du mariage fait l'objet d'une réception par enregistrement devant l'officier de l'état civil français. La désunion clanique fait l'objet d'une déclaration devant ce dernier, et est ensuite enregistrée. Comme le souligne A. Nallet, « *[p]our autant, cet enregistrement ne crée pas le droit, il ne fait que le constater. Seule la décision des clans est créatrice de droit* »[1992]. La décision clanique est ainsi amenée à circuler au sein de l'ordre juridique français.

542. Exemple des adoptions coutumières et de l'ordre juridique canadien. Les tribunaux canadiens du Nord-Ouest et de la Colombie-Britannique ont admis dans la décision *Casimel c. Insurance Corp. of British Columbia* la reconnaissance des adoptions coutumières autochtones et l'octroi des mêmes effets « *que si elles avaient été réalisées selon les lois étatiques* » [1993]. Le territoire du Nord-Ouest a par la suite, comme le Québec, posé les conditions légales d'une reconnaissance de l'adoption coutumière (Loi sur la reconnaissance de l'adoption selon les coutumes autochtones de 1994[1994] ; v. également l'art. 543-1 du Code civil du Québec[1995]). La loi met en place une procédure permettant de donner aux adoptions coutumières les mêmes effets que les adoptions juridictionnelles. Son article 2 al. 1 prévoit que « [l]a personne qui a adopté un enfant selon le droit coutumier autochtone peut demander auprès d'un commissaire à l'adoption un certificat de reconnaissance d'adoption ». Le commissaire est formé au droit coutumier et se contente de constater l'adoption[1996]. Parce que la loi prévoit un alignement des effets de l'adoption coutumière sur l'adoption selon le droit étatique et notamment la rupture du lien biologique, alors que cette

---

1992 A. NALLET, « La dissolution du mariage », *op. cit.*, spéc. p. 87.

1993 *Casimel c. Insurance Corp. of British Columbia* (1993), 106 DLR (4th) 720 (CACB). La reconnaissance du mariage conclu au sein d'un peuple autochtone avait déjà été reconnu par les décisions *Connolly c. Woolrich*, (1867), 11 LCJ 197, 17 RJRQ 75 (CS) confirmée par *Johnstone c. Connolly* (1869), 17 RJRQ 266, 1 CNLC 151 (BR). V. sur le sujet : J. BORROWS, « Creating an Indigenous Legal Community », *McGill Law Journal*, 2005, *p. 160 ;* S. GRAMMOND, C. GUAY, « Le pluralisme juridique au Canada : l'exemple de l'adoption coutumière », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (n°1), p. 99.

1994 LTN-O 1994, c 26. S. GRAMMOND, C. GUAY, *ibid.*, spéc. p. 106.

1995 Selon cet article, « [p]euvent se substituer aux conditions d'adoption prévues par la loi celles de toute coutume autochtone du Québec qui est en harmonie avec les principes de l'intérêt de l'enfant, du respect de ses droits et du consentement des personnes concernées. Ainsi, les dispositions du présent chapitre qui suivent, à l'exception de celles de la section III, ne s'appliquent pas à une adoption faite suivant une telle coutume, sauf disposition contraire.
Une telle adoption qui, selon la coutume, crée un lien de filiation entre l'enfant et l'adoptant est, sur demande de l'un d'eux, attestée par l'autorité compétente désignée pour la communauté ou la nation autochtone de l'enfant ou de l'adoptant. Toutefois, si l'enfant et l'adoptant sont membres de nations différentes, l'autorité compétente est celle désignée pour la communauté ou la nation de l'enfant.
L'autorité compétente délivre un certificat qui atteste de l'adoption après s'être assurée du respect de la coutume, notamment que les consentements requis ont été valablement donnés et que l'enfant a été confié à l'adoptant ; elle s'assure en outre que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant ».

1996 S. GRAMMOND, C. GUAY, *op. cit.*, spéc. p. 107.

rupture n'est pas connue de l'ensemble des tribus autochtones, une autre procédure permet une reconnaissance dont les effets s'alignent sur ceux de la tutelle supplétive, sans modification de l'acte de naissance de l'enfant. L'adoption coutumière fait ainsi l'objet de réception dans l'ordre juridique canadien du Nord-Ouest par deux procédures de reconnaissance.

543. Répudiations et autorité religieuse étatique. Qu'en est-il des répudiations, lorsque celles-ci sont homologuées par une autorité religieuse étatique, comme cela est prévu dans de nombreux droits[1997] ? Lorsque les autorités ou tribunaux, certes religieux, sont des juridictions étatiques, il n'est pas possible de considérer qu'ils reconnaissent une norme non étatique. En effet, ils sont face à un acte qui ne fait intervenir aucune autorité étatique, et qui ne peut donc être perçu comme tel, en l'absence d'autorité extérieure aux parties agissant au nom de la communauté. Il en irait autrement de la répudiation effectuée devant un représentant de la communauté (imam par exemple) et reconnue par la suite par une autorité étatique (éventuellement religieuse). Il faut cependant relever que l'existence d'un tel cas de figure n'a pu être relevée à la lecture des décisions jusqu'ici étudiées. La différence de régime de ces situations pourtant très proches se justifie par l'intervention de l'autorité non étatique, venant cristalliser la situation des parties au regard de la communauté.

Ainsi, la répudiation effectuée au Canada et reconnue par le Tribunal des cadis au Kenya ne peut être considérée comme une décision susceptible de reconnaissance, en l'absence d'implication d'une autorité non étatique. La solution adoptée par le tribunal canadien dans l'affaire *Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*[1998] serait également retenue selon l'approche ici prônée. Il s'agit ainsi d'une solution en demi-teinte entre la soumission de l'ensemble des actes bénéficiant d'une quelconque reconnaissance lato sensu à la reconnaissance des décisions et la soumission, au moins partielle, au conflit de lois.

C- Les incidences d'une présomption de qualification en tant que décision

544. Retenir le postulat selon lequel l'intervention d'une autorité non étatique et l'état normatif en résultant doit être considéré comme une décision revient partiellement à la solution *in fine* prônée par Ch. Pamboukis, selon laquelle en matière personnelle et familiale, les actes des autorités « publiques » doivent être soumis à une méthode de reconnaissance à l'instar des jugements étrangers[1999]. Toutefois, le fondement retenu est différent : ce postulat est intimement lié à la nature particulière des ordres normatifs non étatiques, bien que ceux-ci aient été définis au regard de la matière personnelle et familiale. En aucun cas il ne s'agit de retenir cette solution pour tout ordre normatif ou juridique. Par ailleurs, il ne s'agit pas de reconnaitre l'existence d'un acte public, mais d'une véritable décision non étatique, puisque, s'il ne peut être identifié une volonté de l'autorité, la densité normative et l'importance politique de la matière justifient de retenir le caractère décisionnel de l'intervention d'une autorité non étatique extérieure aux parties.

1997 V. par exemple pour le droit syrien, la décision CJUE 20 déc. 2017, aff. C-372/16, *Sahyouni*.

1998 V. *supra* n°514 sur cette décision.

1999 Selon Ch. PAMBOUKIS, on doit retenir en matière personnelle et familiale l'existence d'un postulat à portée générale, selon lequel l'ensemble des interventions de l'autorité étrangère sont constitutives, parce que la notion d'état est intimement liée à un souci d'organisation fondamentale de l'ordre juridique (*L'acte public étranger…, op. cit.*, note 99, p. 225).

545. Retenir ce postulat a en outre plusieurs implications :

- Il conduit à dénier l'existence d'actes quasi publics non étatiques (1). Par ailleurs, il conduit indirectement à refuser la reconnaissance des actes publics étatiques purement déclaratifs et réceptifs, y compris en matière personnelle et familiale, comme nous venons de le voir pour les répudiations musulmanes. La question de la reconnaissance d'actes publics étatiques en cas d'intervention constitutive étatique reste quant à elle intacte.

- L'admission particulièrement large des décisions non étatiques s'effectue au détriment de la méthode conflictuelle, ainsi que de la méthode de reconnaissance des situations, consistant en une alternative à celle-ci[2000] (2). Plus précisément, certaines hypothèses qui auraient pu être considérées comme des situations éventuellement soumises aux conflits de lois ou à la méthode de reconnaissance des situations (mariages coutumiers, adoption coutumière, divorce religieux) sont qualifiées de décision. Les avantages de cette dernière qualification doivent par conséquent être mis en lumière.

1) Actes quasi publics et ordres non étatiques

546. L'intervention d'une autorité non étatique est rarement une formalité. Tout d'abord, parce que les ordres non étatiques sont caractérisés par une normativité dense, laissant peu de place pour la volonté « purement privée »[2001] et ainsi pour ce qui peut être nommé l'« acte quasi public », c'est-à-dire l'intervention de l'ordre normatif afin de donner effet à un acte purement privé. On remarquera en outre, et la remarque n'est pas nouvelle[2002], que nombre des fonctions prises en charge par l'autorité émettant un acte public « non revêtu d'autorité » sont intrinsèquement liées au pouvoir étatique : authentification et contrôle de la population, qui n'est plus possible car le groupe n'est pas restreint et peut être marqué par une forte hétérogénéité ; tenue de registres, l'adoption de l'écrit étant « *une condition intrinsèque du développement d'Etats plus étendus, de systèmes de gouvernement plus impersonnels et plus abstraits* »[2003]… En réalité, l'ensemble de ces fonctions (notariat, publicité, certification, …) ont précisément pour objectif « *d'échapper […] à l'empreinte sociale* »[2004]. Ces fonctions ne sont donc logiquement pas prises en charge par les autorités non étatiques.

547. Dénier l'existence d'actes quasi publics non étatiques a pour conséquence de ne pas devoir partiellement intégrer des considérations conflictuelles au sein de la méthode retenue ou des palliatifs à son absence (y compris sous la forme du contrôle de proportionnalité[2005]). La

---

[2000] Selon P. Mayer, certaines situations juridiques peuvent, au nom du respect des prévisions des parties, être reconnues. Il s'agit toutefois d'une méthode distincte de la méthode de reconnaissance des décisions, se situant sur le terrain des conflits de lois et constituant une exception à celle-ci (« Les méthodes de la reconnaissance… », *op. cit.*, n°48, p. 573).

[2001] V. *déjà supra* n°528 sur l'éventuel caractère diffus de l'autorité.

[2002] V. déjà *supra* n°539.

[2003] J. GOODY, *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage*, trad. française, Paris, Minuit, 1978, p. 56, tel que cité par L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, 1996, Condé-sur-Noireau, p. 46.

[2004] *Ibid.*

[2005] Le principe de proportionnalité serait « *associé étroitement à la reconnaissance et on peut affirmer qu'il en constitue le principe fondamental, en ce sens que les autres paramètres, conduisant à la reconnaissance ou à son refus, sont soumis au test de proportionnalité* » (Ch. PAMBOUKIS, « Acte public étranger », op. cit., n°78). L'auteur se fonde sur un arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation grecque statuant sur une adoption réalisée en Italie non susceptible de reconnaissance en Grèce (Aréopage, Assemblée Plénière 9/2016, *Chronika Idiotikou dikaiou* 2016, p. 747, tel que cité par Ch. PAMBOUKIS,

qualification retenue de décision préserve en effet la distinction classique entre conflit de lois et reconnaissance.

2) Le retrait du conflit de lois et de la méthode de reconnaissance des situations

548. L'enjeu principal du choix entre les méthodes est de permettre la reconnaissance d'unions, de désunions et d'adoptions coutumières ou religieuses. En effet, il s'agit des hypothèses les plus courantes dont peut être saisi le juge français.

On remarquera que si le droit positif et la doctrine soumettent la validité de ces actes par principe aux méthodes conflictuelles, on peut noter une tendance à l'application des méthodes de reconnaissance (des situations, des actes quasi publics, v. à titre d'exemple l'article 45 al. 1 de la loi suisse relative au droit international privé[2006] ou la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages). Cette tendance se fonde principalement sur l'objectif d'assurer la continuité du statut personnel, considéré comme un objectif primordial du droit international privé en matière personnelle et familiale[2007] (et est parfois adossé à des droits fondamentaux, tel le droit au mariage ou au respect de la vie privée).

Ce fondement n'est pas complètement absent de la proposition formulée. Seulement, il s'exprime au stade de la détermination des ordres normatifs relevants, par la découverte d'ordres non étatiques et la prise en compte de leurs particularités. Aussi, il ne s'agit pas de reconnaitre la situation « créée » en dehors de l'intervention d'une autorité d'un ordre relevant, qui pose le problème théorique de la justification du seuil de la cristallisation. Il s'agit de reconnaître la norme catégorique et concrète non étatique, par le truchement d'une interprétation large de l'autorité intervenante et de son rôle.

549. Une telle qualification, et un raisonnement en termes de reconnaissance, ne viennent-ils pas octroyer à la norme non étatique des effets juridiques qu'elle ne possède pas à l'étranger ? Une fois l'acte étranger reconnu, les parties ne peuvent plus contester la validité de l'acte non étatique dans l'Etat de la reconnaissance, alors même qu'ils pourraient éventuellement le faire dans l'ordre normatif d'origine. Or, nous l'avons vu : un tel contrôle est difficilement réalisable par le juge français[2008]. Conformément à notre proposition, le juge français fera jouer l'exception d'incompétence, forçant les parties contestant la validité de leur union, leur désunion, ou l'adoption à saisir les autorités compétentes dans l'ordre normatif non étatique. Une telle solution est bien

« Acte public étranger », *op. cit.*, n°78). Ecartant les règles de reconnaissance des décisions gracieuses, la Cour énonce trois critères de contrôle : la durée du rapport entre l'adoptant et l'adopté, sa réalité et son caractère non frauduleux et l'attente légitime des intéressés. Plus généralement, le contrôle de proportionnalité tend à concilier les intérêts du for conduisant à la non-reconnaissance (ordre public, fraude, compétence exclusive des tribunaux du for) et les intérêts des parties à la reconnaissance et à la cohérence internationale de leur rapport (permanence du statut personnel, attentes légitimes des parties lorsque la situation a été créée conformément à la *lex auctoris*, absence d'intention frauduleuse, apparence à l'égard des tiers, durée de la situation. D'après les termes de l'auteur, « *[l]'exercice concret sera alors de résoudre in casu un conflit de principes à la lumière des faits et des circonstances de l'espèce, la priorité étant attribuée à la solution la plus juste. On remarque ainsi que le régime de la méthode de reconnaissance se précise avec la sagesse de l'approche inductive, et se construit progressivement. Mais en règle générale il s'agira désormais d'un contrôle d'abord concret (contrôle ad hoc et non pas abstrait), substantiel et non formel et finalement individuel (chaque situation étant individuelle, la justice de droit international privé fait apparaître le besoin d'un contrôle tenant particulièrement compte des traits spécifiques de chaque espèce)* » (*op. cit.*, n°82).

[2006] V. *supra* n°513.

[2007] V. *supra* n°207.

[2008] V. *supra* n°410 et s.

entendue peu satisfaisante pour les parties. Toutefois, elle permet de reconnaître le statut qu'elles ont pu acquérir au sein d'un ordre non étatique ; en ne permettant la contestation sur leur validité devant le for, elle oblige les parties à saisir les autorités non étatiques étrangères, évitant ainsi l'émission d'une décision qui ne sera vraisemblablement pas reconnue dans l'ordre non étatique[2009]. Une telle solution représente une coordination non négligeable avec les ordres non étatiques.

Il convient toutefois de confronter cette solution à la soumission aux méthodes conflictuelles. Prenons l'exemple des mariages coutumiers, classiquement traités par les tribunaux français sur le terrain du conflit de lois. Comme le soulignent E. Gallant et N. Joubert, « *un mariage religieux ou coutumier célébré à l'étranger peut être considéré comme valable entre les époux s'il correspond aux conditions de forme et de fond prévues par l'Etat d'origine (loi du lieu de célébration et loi nationale des époux)* »[2010]. C'est donc par le biais du droit de l'Etat désigné par la règle de conflit de lois que le mariage coutumier est contrôlé et considéré comme valable. Une application de cette solution tout à fait classique peut être trouvée dans la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 6 décembre 2005 relative au mariage coutumier sénégalais[2011]. En l'espèce, un mari belge dont l'épouse sénégalaise avait contracté un second mariage dépose une requête en divorce. La cour d'appel la déclare irrecevable au motif que la loi sénégalaise permettait un « état de bigamie apparent », dont l'application serait donc contraire à l'ordre public international. L'arrêt est cassé au motif que le mariage célébré au Sénégal, selon le rite coutumier, avec une femme sénégalaise, ne constitue pas par lui-même une situation de bigamie, donc n'est pas contraire à l'ordre public, même si la femme a ultérieurement contracté un second mariage.

On pourrait à la lecture de cet arrêt penser que la solution conflictuelle suffit à organiser la coordination avec les ordres non étatiques. Après tout, désigner selon les règles de conflit de lois françaises la loi sénégalaise puis reconnaitre le mariage coutumier selon cette dernière, ou bien reconnaître le mariage coutumier tout en s'assurant de sa possible reconnaissance ou circulation dans l'ordre juridico-étatique de reconnaissance, semble revenir à retenir les mêmes exigences.

550. Tel n'est cependant pas le cas. Tout d'abord, pour des raisons déjà soulignées : l'application des normes étrangères ayant pour objet la gestion du pluralisme interne étranger n'est pas nécessairement possible ou souhaitable[2012]. A cet égard, la solution sénégalaise fait figure d'exception ; la solution se fait plus souvent sur le terrain du conflit d'autorités et on rappellera les exemples libanais[2013] ou israélien[2014], pour lesquels la détermination de la loi applicable pour les litiges internationaux devient d'une extrême complexité. On retiendra à ce titre la décision de la cour d'appel de Paris du 14 juin 1995, selon laquelle le mariage célébré devant le tribunal Sherieh

[2009] V. *supra* n°266.
[2010] N. JOUBERT, E. GALLANT, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la méditerranée », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 307, spéc. p. 311.
[2011] Civ. 1, 6 décembre 2005, n°03-16.675, *D.* 2006, IR p. 98.
[2012] V. *supra* n°266.
[2013] V. *supra* n°266.
[2014] V. *supra* n°395.

au Liban n'est pas remis en cause, alors même que la solution retenue par la cour est contraire au droit intercommunautaire libanais[2015].

Par ailleurs, les communautés non étatiques, si elles évoluent nécessairement en interaction avec un contexte étatique, ne sont pas nécessairement ancrées dans un seul Etat, mais peuvent s'ancrer dans des régions frontalières sur le territoire de plusieurs Etats. Une telle affirmation ne va pas à l'encontre de ce qui a été jusqu'ici soutenu : si la modélisation retenue est celle d'une communauté socioculturelle locale, se comprenant dans ses rapports avec les autres ordres normatifs et étatiques, cela n'exclut pas que, du point de vue de cette communauté, celle-ci se conçoive comme transnationale[2016]. Il est donc possible de parvenir en application des méthodes conflictuelles à la désignation d'un Etat qui ne reconnaît pas la communauté ayant célébré le mariage coutumier, alors même que cette décision serait susceptible de reconnaissance dans un autre Etat voisin reconnaissant l'ordre non étatique. Il conviendrait cependant en toute hypothèse de vérifier la compétence indirecte de l'autorité non étatique.

La méthode de reconnaissance des situations ne serait-elle pas préférable, du moins au regard de sa simplicité (absence de détermination de l'existence d'un ordre non étatique relevant, de s'assurer de la circulation de la décision non étatique) ? Alors que la méthode de reconnaissance des décisions vise en premier lieu à assurer le respect de l'ordre étranger avec lequel est pensée la coordination, la méthode de reconnaissance des situations se fonde quant à elle sur les prévisions des parties (ce que nous nommerons par la suite fondement subjectif). Si les deux fondements sont intimement liés (les prévisions des parties peuvent se fonder sur une décision non étatique et celle-ci éveille des légitimes prévisions des parties), les méthodes possèdent des domaines d'application néanmoins distincts et peuvent être pensées dans un rapport de complémentarité. Aussi restera-t-il pertinent de s'interroger sur la pertinence de la mise en œuvre de la méthode de reconnaissance des situations.

551. Conclusion de la section. Les méthodes de reconnaissance d'un acte public, entendu au sens large, supposent l'intervention d'une autorité (judiciaire, administrative, étatique). La transposition de ces méthodes aux ordres non étatiques n'est pas problématique pour les jugements non étatiques, apportant une solution à un conflit interindividuel dans le domaine du droit privé (selon les vues du for). En effet, l'ordre non étatique a été défini comme comportant une institution de règlement des conflits. Cette institution peut être comprise de manière plus souple que celle étatique. Il s'agit d'embrasser également les règlements de litige impliquant une autorité collective et horizontale, mais consistant en un cérémoniel social particulier, ayant le caractère d'évènement pour les parties concernées et imposé par une autorité extérieure à celle-ci. On remarquera cependant que cette forme de règlement des litiges n'est qu'une infime partie des modes de maintien de l'ordre que connaissent les communautés socioculturelles.

La doctrine retient, à côté de la méthode de reconnaissance des jugements étrangers, plusieurs variantes de celle-ci, dont la reconnaissance des actes publics, ou encore celle des situations. Pour assurer une coordination non exceptionnelle avec les ordres non étatiques, la première de ces méthodes entre en considération. On aurait pu imaginer recourir à la reconnaissance des actes quasi

[2015] Cour d'appel de Paris, 14 juin 1995, *M. X. c. M^me Y*, *D.* 1996, p. 156, note F. BOULANGER et 174, obs. B. AUDIT ; *RCDIP* 1997, p. 41, P. GANNAGE.
[2016] V. *supra* n°345.

publics constitutifs pour déployer une coordination plus importante avec les ordres non étatiques. En réalité, un tel recours se révèle non nécessaire : les actes quasi publics non étatiques dans le domaine traditionnel du droit international privé, soit celui de « *l'administration publique du droit privé* » sont inexistants. Il semble plus pertinent de retenir une conception large de la décision étrangère, permettant de faire jouer la méthode de reconnaissance classique. En effet, une fois rappelée l'importance fondamentale des relations personnelles et familiales pour les communautés socioculturelles, l'intervention d'une autorité extérieure aux parties dans ce domaine peut être considérée comme une décision, bien que le pouvoir décisionnel soit diffus. L'adoption de la méthode de reconnaissance des décisions au sens strict a pour avantage de ne pas penser l'intégration de condition relative au conflit de lois au sein de la méthode. Elle a pour conséquence, pour les parties, de devoir contester la validité de la situation à l'étranger. Une telle solution permet une coordination plus large avec les ordres non étatiques.

La coordination avec les ordres non étatiques implique ainsi d'élargir le concept de décision traditionnellement retenu afin de penser la coordination. Un tel élargissement est réalisé et justifié au regard d'une compréhension plus fine de l'altérité normative. Il ne s'agit non pas de se concentrer sur la fonction de l'autorité étrangère, qui ne possède potentiellement aucun équivalent avec la fonction du juge étatique, mais sur l'acte en lui-même. A contre-courant des évolutions doctrinales, et pour penser la coordination avec les ordres non étatiques, il convient d'adapter le concept de décision afin de permettre l'appréhension d'actes présentant des caractéristiques inconnues de l'ordre du for.

552. Conclusion du chapitre. Le terrain de la reconnaissance est le terrain privilégié d'une coordination avec les ordres non étatiques, en raison du caractère évènementiel et d'ores et déjà « passé » de l'édiction de la norme catégorique et concrète. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter devant le juge français.

Dans le premier cas, la décision de l'ordre non étatique (émanant d'une instance de règlement des conflits ou d'une instance de commandement, même diffuse) a fait l'objet d'un contrôle d'exequatur/de reconnaissance de la part de l'Etat étranger reconnaissant l'existence de l'ordre non étatique. Dans ce cas, le plus évident, et au nom de l'effectivité de la décision et de l'harmonie internationale des solutions, la reconnaissance de la décision non étatique s'impose (la décision étatique pourrait par ailleurs tout à fait être reconnue). Deux conditions sont et resteront invariantes : il convient de vérifier l'appartenance de l'autorité intervenante à l'ordre non étatique, sa compétence indirecte selon la jurisprudence *Simitch* ainsi que de s'assurer de la potentielle circulation de sa décision dans l'ordre juridico-étatique de reconnaissance. La communauté socioculturelle étant ancrée dans un espace-temps, le lien entre le litige et l'autorité non étatique ne peut être caractérisé lorsque la religion est le seul lien entre le litige et l'autorité ayant réglé le différend.

Dans le second cas, la décision de l'ordre non étatique n'a pas encore fait l'objet d'un contrôle d'exequatur/de reconnaissance de la part de l'Etat étranger. Tel serait le cas d'une adoption coutumière non encore homologuée au Canada. La simple possibilité de reconnaissance suffit,

notamment au regard de la faiblesse de ce contrôle par l'ordre étatique étranger. L'objectif de coordination et de continuité du statut personnel une fois la relevance de l'ordre non étatique admise suffit à la soumission de la décision à la méthode de reconnaissance. Là encore, la condition de compétence internationale indirecte de l'autorité non étatique est à vérifier.

L'admission large de la notion de décision mène à qualifier comme telle certains actes considérés jusqu'alors comme « privés » et soumis aux méthodes conflictuelles (union, désunion, adoption). Toutefois, il est nécessaire de s'assurer de l'intervention d'un organe agissant au nom de l'ordre non étatique. Dans le cas contraire (par exemple pour le *talaq* « nu »), l'acte est soumis aux méthodes conflictuelles, malgré son éventuelle « signification conventionnelle » au sein de la communauté socioculturelle, impossible à saisir du point de vue de l'ordre juridique français.

L'augmentation des actes considérés comme des décisions s'opère également au détriment de la catégorie des actes quasi publics. Ces derniers reposent en effet sur des fonctions foncièrement inconnues des ordres non étatiques. Par ailleurs, même dans les cas où l'intervention d'une autorité non étatique n'apparait pas, aux yeux du juriste français ou occidental, comme déterminante, le caractère diffus de l'autorité dans certains ordres non étatiques combiné avec le caractère restreint du groupe social ainsi que le caractère fondamentalement politique de la matière personnelle et familiale doit se traduire, aux fins de coordination, par l'admission d'une présomption selon laquelle l'acte émis répond aux caractéristiques de la décision, soit possède un caractère catégorique et concret.

Une telle proposition mène-t-elle à un résultat différent du droit positif ? Des résultats semblables peuvent être obtenus par le recours aux méthodes conflictuelles, lorsque les règles de conflit internes étrangères renvoient à la loi ou à la compétence des autorités non étatiques. Toutefois, leur application est loin d'être évidente. Par ailleurs, la soumission aux conflits de lois fait fi de l'existence d'une décision non étatique. En fonction de l'ordre étatique désigné par les règles de conflit de lois, il est possible que celui-ci ne reconnaisse pas la communauté ayant émis la décision, alors que la décision pourrait circuler dans un Etat territorialement voisin. La soumission à la méthode de reconnaissance permet ainsi une coordination plus large, et justifiée, avec les ordres non étatiques.

L'enjeu de la soumission à la méthode de reconnaissance est également l'accès à la reconnaissance *de plano* de la décision non étatique, permettant d'assurer la continuité des relations privées en l'absence de contestation. En cas de contestation, aucune règle de conflit de lois ne sera mise en œuvre, permettant d'évincer les difficultés de désignation.

Les tribunaux français accordent l'exequatur à la dissolution du lien matrimonial effectuée à l'étranger par des autorités considérées comme intégrées à l'ordre étatique étranger (Liban, Syrie, Jordanie)[2017]. Une telle solution est plus simple que celle que nous proposons. Elle méconnait cependant l'autonomie des ordres non étatiques et ne permet pas d'embrasser des décisions coutumières, pour lesquelles on peinerait à identifier une autorité instituée et à la qualifier d'autorité étatique (comme c'est le cas des ordres autochtones au Canada).

[2017] Liban, Syrie, Jordanie, Emirats Arabe Unis par exemple. V. H. AL-DABBAGH, « Effet au Québec des divorces étrangers non dotés de l'exequatur - Le cas des divorces islamiques », *RCDIP* 2022, p. 7.

Enfin, la décision d'une communauté socioculturelle non reconnue par un quelconque Etat étranger n'est susceptible d'aucune reconnaissance étatique et ne peut être considérée comme une décision. Ces communautés n'ont en réalité pas été considérées comme des ordres non étatiques relevants[2018], précisément en raison de l'absence de reconnaissance *lato sensu* par un Etat étranger. Et pourtant, les décisions du *stabor*, tribunal de la paix rom[2019], semblent remplir toutes les autres conditions de relevance et de potentielle soumission à la méthode de reconnaissance. Si ces décisions ne peuvent faire par principe l'objet d'une méthode libérale en raison de l'absence d'efficacité et de légitimité étatique, il reste que la mise en œuvre du mécanisme exceptionnel de la méthode de reconnaissance des situations pourrait être envisagée.

[2018] V. *supra* n°188 et s.

[2019] S. MIŞCOIU, L. HERŢA. « Résoudre les conflits à l'ancienne ? La pratique du droit coutumier rom en Roumanie », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 1, no. 1, 2021, p. 81.

Chapitre 2 : Normes non étatiques et mise en œuvre exceptionnelle de la méthode de la reconnaissance des situations

553. Si la méthode de reconnaissance des situations vient perturber le jeu traditionnel des méthodes, notamment en matière personnelle et familiale, c'est dans le sens d'un plus grand libéralisme, venant assurer la validité de situations cristallisées, au nom de la continuité des relations familiales parfois adossée au respect de droits fondamentaux tels que le respect à la vie privée.

La cristallisation regroupe différentes situations et Ch. Pamboukis propose de distinguer entre cristallisations formelles, se réalisant par l'intervention d'une autorité publique (existence d'un acte public) et cristallisations informelles, se réalisant « *surtout grâce à des éléments extérieurs comme le temps, la stabilité du rapport et la croyance des tiers* »[2020]. Comme il a pu être constaté en doctrine, la bilatéralité est éclipsée en droit positif par l'autorité[2021], mais aussi par l'effectivité[2022].

La méthode de reconnaissance des situations, par le libéralisme qui la caractérise, pourrait permettre de saisir des phénomènes normatifs non étatiques rétifs à toute appréhension sur le fondement des méthodes conflictuelles ou de la méthode de reconnaissance des décisions étrangères : normes sociales concrètes et catégoriques mais trop diffuses pour pouvoir être considérées comme des décisions (absence d'autorité intervenante, même au sens large précédemment retenu), situations résultant de l'intervention d'une autorité non étatique ne pouvant être rattachée à un ordre non étatique au sens où nous l'avons défini.

En aucun cas toutefois il ne s'agit de reconnaitre, à titre premier, la norme non étatique en tant que telle[2023]. Reconnaitre la situation revient certes à organiser indirectement une coordination avec certaines normes ou ordres non étatiques. Toutefois, la méthode de reconnaissance des parties repose principalement sur des fondements étrangers à une gestion du pluralisme des normes : c'est parce que la remise en cause de la situation par le for serait contraire aux légitimes prévisions des parties et des tiers ou heurterait des objectifs matériels considérés par le for comme primordiaux (stabilité du statut personnel, respect de la vie personnelle et familiale), que la situation est soumise à une méthode de reconnaissance. Ces justifications ne sont pas indépendantes de l'existence d'une norme (fondant le caractère légitime des prévisions des parties par exemple), mais cette considération n'apparait que comme secondaire.

Une telle déclinaison de la méthode de reconnaissance des situations, justifiée par la prise en compte plus large de normes ou actes non étatiques[2024], est à contre-courant des solutions de droit positif, qui se fondent essentiellement sur le respect des intérêts privés (section 1). En orientant la méthode vers la coordination avec des phénomènes normatifs non étatiques, tant les conditions de déclenchement de la méthode que son régime doivent être réinterprétés voire repensés (section 2).

[2020] Ch. PAMBOUKIS, « Acte public étranger (internat.) », *Répertoire de droit international*, Dalloz, Septembre 2019, spéc. n°24.
[2021] G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP* 2006, p. 457.
[2022] Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513.
[2023] V. *supra* n°152.
[2024] V. *supra* n°148 et s.

Section 1 : Une mise en œuvre de la méthode de reconnaissance des situations à contre-courant

554. La méthode de reconnaissance reste insaisissable : elle est l'outil du droit de l'Union européenne[2025] comme du droit européen de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[2026], et connait quelques applications en droit commun[2027]. Ses conditions de mise en œuvre comme son domaine ne sont pas définis. Il s'agit, tout comme pour la méthode de reconnaissance des décisions, de choisir entre l'acceptation ou le refus de donner effet dans l'ordre juridique du for à une situation privée considérée (éventuellement de manière erronée[2028]) comme créée à l'étranger et au regard de laquelle des prévisions individuelles ont pu être fondées. La méthode a vocation à s'appliquer à des situations traditionnellement traitées par les méthodes de conflit de lois[2029]. En dehors des points de contrôle classiques et essentiels à toute méthode de droit international privé que sont l'exception d'ordre public international et la fraude[2030], et l'exigence particulière de validité de la situation au regard du droit en contemplation duquel elle s'est cristallisée[2031], aucune autre condition ne parait *a priori* nécessaire, puisque le but premier de la méthode est de favoriser la validité et l'efficacité des situations considérées comme cristallisées à l'étranger.

Il s'agit là d'un point unanimement relevé par la doctrine : parce qu'elle a été pensée dans un esprit de faveur à la validité des situations cristallisées en ne contrôlant pas *a priori* l'origine de la situation à l'aide d'un critère de rattachement, la méthode peut être considérée comme laxiste[2032], permettant

---

[2025] V. par exemple : CJCE, 9 mars 1999, C-212/97, *Centros* ; CJCE 2 octobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello* ; CJUE 14 octobre 2008, C-353/06 *Grunkin-Paul* ; CJCE, 22 décembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*. La particularité de l'utilisation de la méthode de reconnaissance des situations au sein de l'Union européenne, en raison notamment du principe de confiance mutuelle, ne sera pas considérée dans le cadre de ce travail. V. pour des doutes quant à l'utilisation de la méthode de reconnaissance dans ces décisions : S. FRANCQ, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », *in* H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Paris, Dalloz, 2014, p. 111, spéc. p. 126.

[2026] V. par exemple : Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n°76240/01 ; Cour EDH, 3 mai 2011*, Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, n°56759/08 ; Cour EDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n°65192/11 et *Labassee c. France*, n°65941/11.

[2027] V. par exemple : Civ. 1, 19 oct. 2016, n°15-50.098, *D.* 2016, p. 2549, obs. I. GALLMEISTER, note D. SINDRES ; *D.* 2017, p. 470, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; p. 1082, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2016, p. 546, obs. A. BOICHE ; *RCDIP* 2017, p. 535, note E. GALLANT ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. HAUSER ; *JDI* 2017, p. 146, note F. MONEGER.

[2028] V. *supra* sur la discussion relative à l'existence d'un droit subjectif, n°539 (en note de bas de page).

[2029] P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, spéc. n°2, p. 548.

[2030] Des adaptations sont cependant nécessaires : en l'absence de jugement, il convient d'écarter la fraude au jugement, et de ne retenir que la fraude à la loi (ou plus généralement la fraude au statut).

[2031] P. LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, vol. 371, 2014, p. 30. V. nos réflexions sur ce point, problématique lorsqu'il est question d'ordres non étatiques, *infra* n°587 et s.

[2032] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, vol. 387, 2015, n°364, p. 582 : « *Le fait de ne pas retrouver à propos des situations, tout ce qui fait la qualité des décisions juridictionnelles plaiderait plutôt à notre sens pour une différence de nature. Quoi qu'il en soit, il est certain que cette différence devrait conduire, s'agissant de reconnaître des situations dont l'élaboration offre moins de garanties que celle des décisions, à entendre plus strictement les conditions du contrôle. Curieusement, tel n'est pas le cas, au moins si l'on s'en tient à la pensée des zélateurs de la méthode de la reconnaissance des situations* ».

le *status shopping*, entraînant concurrence entre les ordres juridiques et dérégulation[2033]. S'il est possible de faire jouer les points de contrôle habituels que sont l'ordre public international ou la fraude, venant atténuer ces critiques, il reste que la méthode semble résolument tournée vers la protection des intérêts privés, peu important la position de l'ordre juridique qui aurait été, selon le jeu des méthodes conflictuelles, considéré par le for comme le plus à même de se prononcer sur la validité de celle-ci (I).

Toutefois, la plasticité de la méthode pourrait permettre la poursuite d'une toute autre directive : la coordination avec les communautés non étatiques. Loin d'être d'ordre purement divinatoire, une telle proposition se fonde sur l'observation selon laquelle des techniques tout à fait similaires, ou admettant le même fondement, ont pu être utilisées afin d'organiser la coordination avec les normes non étatiques, notamment religieuses. On observera cependant, à la lecture de certaines décisions, que cette coordination apparait tout à fait secondaire (II).

On relèvera qu'en ayant défini largement ce qu'il faut entendre par « décision non étatique »[2034], une partie des solutions actuellement fondées sur la méthode de reconnaissance des situations se révèle absorbée par la méthode de reconnaissance des décisions étrangères proposée[2035].

I- La reconnaissance des situations au service premier des intérêts privés

555. L'essor de la reconnaissance des situations s'appuie sur un réseau de justifications diverses. Il s'agit tout d'abord, en accord avec les objectifs du droit international privé classiquement retenus, de promouvoir la « *permanence du statut de la personne* », envisagée cependant de manière concrète[2036], « *à une époque de grande mobilité des personnes* »[2037] ; ce « statut » résultant d'un « *évènement […] s'[étant] effectivement produit dans un Etat donné* »[2038]. Cette permanence rejoint, comme le souligne P. Lagarde, l'objectif d'harmonie internationale des solutions (ou de « *cohérence internationale des rapports juridiques privés* »[2039]), envisagée également de manière concrète[2040]. De surcroit, une telle méthode permet de

---

2033 En effet, si l'on se place postérieurement à l'établissement du statut, « *il s'en dégage un principe de faveur pour la validité ou la reconnaissance du statut […]. Si l'on se place à l'instant antérieur à son établissement, c'est un principe de faveur à l'acquisition du statut aux conditions les plus libérales qui apparaît* », v. G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité… », *op. cit.*, spéc. n°52, p. 516.

2034 V. *supra* n°527 et s.

2035 V. à titre d'exemple la jurisprudence anglaise *Singh v. Entry Clearance Officer, New Delhi* (2004) EWCA Civ. 1075 (2005), Q.B. 608, faisant application de l'article 8 de la Convention EDH à une adoption religieuse en Inde. V. not. n°19 et s. et n°58 et s. Sur le sujet : R. BARATTA, « La *reconnaissance* internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, p. 260, note 276.

2036 P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », *op. cit.*, spéc. n°13, p. 491.

2037 Cette justification factuelle est récurrente chez les auteurs. V. ainsi : P. LAGARDE, *ibid.* ; S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2022 ; J. GUILLAUME, « La loi étrangère qui prive l'enfant de son droit à établir sa filiation paternelle est (en elle-même ?) contraire à l'ordre public international français », *D.* 2017, p. 2518 ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *RCDIP* 2008, p. 153, spéc. n°7.

2038 P. LAGARDE, *ibid.*

2039 Ch. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. n°20 et s.

2040 P. LAGARDE, *op. cit.*

protéger les attentes (légitimes ?) des parties[2041]. Comme le souligne S. Fulli-Lemaire, il s'agit d'un véritable « *changement de perspective* »[2042] vers l'effectivité[2043] justifiant selon l'auteur la consécration d'un « *impératif de reconnaissance des situations* » en matière personnelle et familiale[2044].

Ces justifications peuvent parfaitement être déployées afin de soutenir la reconnaissance de situations cristallisées au regard d'ordres non étatiques en matière personnelle et familiale.

556. Il reste que le libéralisme de la méthode est plus profondément fondé, au regard des contextes normatifs dans lesquels la méthode se déploie en droit positif (soit au regard d'Etats libéraux occidentaux), sur l'idée d'une « *autonomisation des individus* »[2045]. La position soutenue est celle de « *régulation privée* », permettant aux individus de choisir les règles venant régir leurs situations personnelles et familiales (« *status shopping* »)[2046]. Plus précisément, il est soutenu que l'Etat serait inapte à « *évaluer avec précision la réalité sociale appréhendée par les règles légales* » ; « *[c]onformément à la conclusion à laquelle est parvenue Hayek à propos de l'organisation économique, l'individu est probablement mieux placé que n'importe quel État pour décider de la loi qui correspondra le mieux à ses besoins, pour le présent et pour l'avenir* »[2047]. La méthode de reconnaissance des situations trouverait là un fondement idéologique. A celui-ci viennent s'ajouter les ébauches, en doctrine ou en droit positif, d'un « droit à l'autodétermination »[2048] et d'un « droit à l'identité »[2049].

Sans surprise au regard des développements précédents, et sans s'attarder sur une critique précise de chacune de ces propositions afin d'éviter toute redondance, ce fondement doit être écarté : si la liberté individuelle n'est pas fondamentalement en elle-même critiquable en matière personnelle et familiale, elle ne saurait servir de principe de solution sur le plan conflictuel – ou sur celui de la

---

2041 « *[L]e besoin d'assurer la continuité de l'état des personnes et – ce qui revient au même – de ne pas décevoir la confiance que les intéressés ont légitimement pu placer dans l'existence d'une situation constituée sous les auspices d'un ordre juridique étranger* » (S. BOLLEE, « Les nouveaux rapports de droit en droit international privé – entre ouverture et fermeture des ordres juridiques nationaux », *in* E. Jeuland, S. Messaï-Bahri (dir.), *Les nouveaux rapports de droit*, Paris, IRJS Éditions, 2013, p. 143, spéc. p. 144).
La prévisibilité est une notion équivoque, comme le montre C. COHEN : « *[d]errière un même mot, ce sont donc des considérations très différentes qui sont évoquées : prévisibilité procédurale ou substantielle, pré-judiciaire ou post-judiciaire, ante-normative ou post-normative, objective ou subjective, macro-juridique ou micro-juridique, formelle ou matérielle* » (*Les normes permissives en droit international privé – Étude critique*, th. Paris II, 2015, n°384, p. 325). Ici, la prévisibilité est envisagée de manière concrète, soit imputée aux parties impliquées dans la situation donnée.

2042 S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, n°108 et s., p. 81 et s.

2043 Ch. PAMBOUKIS, *op. cit.*, spéc. n°63.

2044 S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.* L'auteur distingue cependant l'impératif de reconnaissance de la méthode de reconnaissance (v. not. n°207 et s., p. 149 et s.) ; « La reconnaissance : méthode(s) ou principe ? », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 161.

2045 P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *in in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 377, spéc. p. 383.

2046 Ch. PAMBOUKIS parle quant à lui de « *« privatisation » du droit international privé* » (*op. cit.*, spéc. n°6).

2047 J. BASEDOW, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations General Course on Private International Law", *RCADI*, vol. 360, 2013, p. 1, spéc. n°93, p. 101, trad. S. Fulli-Lemaire, *op. cit.* n°180, p. 129. Comme le souligne S. Fulli-Lemaire, l'auteur ne limite pas sa réflexion au domaine économique, bien que celui-ci se fonde sur les travaux de Hayek, qui a pour domaine et objet de réflexion l'économie.

2048 C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, (vol. 359) 2012, p. 285, spéc. n°88 et s., p. 406 et s.

2049 S. FRANCQ, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », *op. cit.*, spéc. p. 122 : « *[l]'objectif de cette protection (autrement dit, du droit à l'identité) réside bien dans la faculté de circuler, puisque c'est en raison de la diversité possible des statuts dans les deux États membres que le citoyen peut être soumis à des "inconvénients sérieux". Mais [...] la protection semble être à l'œuvre dès la constitution de la situation [...] et tant dans les rapports avec l'État d'origine, que dans les rapports entretenus avec d'autres États d'accueil potentiels [...]* ».

reconnaissance –[2050]. Ce libéralisme pourrait éventuellement être contrebalancé par l'existence d'une communauté de droits[2051] ; néanmoins, celle-ci est précisément inexistante lorsqu'il s'agit de penser la coordination avec des ordres non étatiques.

Que la reconnaissance des situations puisse être détachée d'un fondement profondément libéral n'est pas impossible, nous le verrons ; il s'agit toutefois d'une véritable modification de l'esprit de la méthode, telle qu'elle transparait en droit positif.

II- Les fondements de l'utilisation de la reconnaissance des situations aux fins de coordination avec les ordres non étatiques

557. A considérer que la méthode de reconnaissance des situations est un avatar moderne de la théorie des droits acquis, affirmation qui repose sur une argumentation convaincante[2052], on pourrait *a priori* découvrir dans le droit positif une certaine application des principes communs à ces méthodes unilatéralistes afin, précisément, de permettre une coordination avec certains ordres non étatiques, notamment religieux.

Toutefois, il apparait douteux de tirer de ces solutions la volonté première pour le for de se coordonner avec des ordres non étatiques. Les solutions retenues par quelques arrêts épars (notamment *Zagha* et *Schwebel*[2053]), parfois non rendus par les juridictions françaises (*Schwebel*), semblent bien davantage se justifier par la volonté de respecter les prévisions des parties (en consacrant par exemple une sorte de règle matérielle internationale consacrant le mariage putatif ou la possession d'état[2054]). En effet, ces deux décisions possèdent toutes deux la particularité de venir se prononcer sur des situations ayant perduré pendant un laps de temps significatif, cette possession d'état étant source de prévisions pour les parties comme pour les tiers. Par ailleurs, la mise à l'écart de la méthode bilatérale suppose dans ces décisions la reconnaissance d'un ordre étatique ayant un lien avec le litige (ce qu'on a pu appeler un rattachement « *anticipé* »[2055]).

[2050] V. *supra* n°225 et s. pour le conflit de lois. V. également, pour une autre critique : S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, n°182 et s., p. 130 et s.

[2051] E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux du comité français de droit international privé*, 2006-2008, p. 71, spéc. p. 75.

[2052] V. en ce sens : E. PATAUT, *op. cit.* ; Ch. PAMBOUKIS, *op. cit.*

[2053] V. déjà *supra* n°152.

[2054] Rappr. la décision Cour EDH, 8 déc. 2009, req. N°49151/07, *Munoz Diaz c. Espagne*, relative à une « adoption putative », telle que discutée sous l'intervention de P. KINSCH (*in* P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Paris, A. Pedone, 2013, p. 57 et s.).

[2055] Cour d'appel de l'Ontario, 4 novembre 1963, *Schwebel* c./ Ungar (W. WENGLER, *RCDIP* 1965, p. 321). V. déjà *supra* n°1, 147.

558. Dans l'arrêt *Zagha*[2056], que le respect de la norme religieuse s'effectue par le biais du renvoi[2057] ou de la prise en considération[2058], c'est bien par le biais d'un ordre juridique étatique (syrien ou italien) que la coordination indirecte avec la règle religieuse est pensée. Officiellement, c'est donc le respect du droit étatique syrien de la nationalité des époux ou du droit italien du lieu de la cérémonie qui est assuré et non celui de la norme religieuse en tant que telle. Plutôt qu'adopter un raisonnement en termes de reconnaissance, les règles de conflit de lois sont appliquées, quitte à forcer quelque peu les mécanismes conflictuels[2059].

On remarquera cependant qu'en raison de l'omniprésence du paradigme étatique, une autre solution aurait été improbable. Par ailleurs, ce sont bien les règles religieuses qui sont au centre de la motivation de la Cour de cassation : « [j]ustifie légalement sa décision refusant d'annuler le mariage de deux personnes de nationalité syrienne et de confession israélite, mariage célébré en 1924, selon les règles de la loi mosaïque, aux termes d'une « Ketouba » dressée devant le grand rabbin de Milan, la Cour d'appel qui, faisant application de la loi italienne désignée par la règle de conflit française pour régir les conditions de forme de ce mariage, estime par une interprétation souveraine du contenu de cette loi en vigueur en 1924, qu'elle avait donné aux futurs époux la possibilité de faire célébrer valablement leur mariage en la forme religieuse prévue par leur statut personnel, le jeu de ce renvoi se justifiant en l'espèce, dès lors qu'il conduisait à l'application de la loi mosaïque, aux formes de laquelle les intéressés avaient voulu se soumettre, et qu'il validait leur union » (nous soulignons). La question aurait été davantage intéressante si le renvoi ou l'interprétation souple du droit italien ne permettait pas d'aboutir à la validité de la situation ; certains auteurs font alors valoir la pertinence de la méthode de reconnaissance des situations[2060]. Il reste que, rien n'est dit du fondement de la mise en œuvre de mécanismes unilatéralistes : ce dernier pourrait entièrement subsister dans les prévisions des parties et des tiers, sur le fondement de la possession d'état. En l'espèce, le mariage est contesté 50 ans après sa célébration. On remarquera que la putativité est par ailleurs largement retenue[2061] et fondée plus précisément en

---

[2056] Civ. 1, 15 juin 1982, *Zagha* (*D.* 1983, p. 431, note E. AGOSTINI ; RCDIP 1983, p. 300, note J.-M. BISCHOFF), v. déjà *supra* n°152.

[2057] En l'espèce, par le biais du renvoi international à la loi étatique nationale syrienne imposant une cérémonie religieuse.

[2058] Si le droit local « *admet la validité des actes conclus en la forme locale ou selon les formes connues d'une autre loi, le juge qui constate que ces formes ont été respectées […] ne fait que suivre la loi désignée par sa règle de conflit en prenant en considération, comme elle l'ordonne, la loi tierce : ce n'est pas le renvoi* » (P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé, op. cit.*, quelque peu autrement formulé dans la dernière édition, n°810, p. 562 ; D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.,* Tome II, n°720, p. 129).

[2059] E. AGOSTINI, *ibid.*, doutant de l'exactitude de l'interprétation du droit italien menée par les juges du fond.

[2060] S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, coll. HyperCours, 6e éd., 2021, p. 453 ; B. BOURDELOIS, « Mariage », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mai 2022, n°78, se référant à S. Clavel : « *[o]n aurait pu concevoir que le* favor matrimonii *soit l'occasion de reconnaître une application ponctuelle de la théorie des droits acquis : nul selon la* lex loci celebrationis *mais valable selon la loi nationale des époux, le mariage qui a pu durer, faute de contestation, pendant de longues années ne devrait pas souffrir de la rigueur de la règle française et être exposé à une nullité dont le prononcé serait bien trop tardif. La théorie de la reconnaissance peut ici utilement venir en aide pour obtenir un résultat que le renvoi permet d'atteindre dans certaines hypothèses. La Cour de cassation, dans l'affaire Zagha, a néanmoins préféré faire jouer un hypothétique renvoi de la loi locale plutôt que de renoncer à l'impérativité de la règle. Cet exemple montre la force du rattachement de la catégorie forme du mariage à la* lex loci celebrationis*, à laquelle on ne peut véritablement déroger que par le biais d'un mariage diplomatique ou consulaire, seule exception au principe* » (nous soulignons).

[2061] CA Paris, 14 juin 1995, *RCDIP* 1997, p. 41, note P. GANNAGE : « *La décision rendue est plus libérale. Ce libéralisme n'est pas seulement le résultat de l'interprétation critiquable par la Cour des dispositions du droit intercommunautaire libanais qui lui a permis de ne pas mettre en cause la bonne foi de Mr. X. Il manifeste aussi la tendance profonde de la jurisprudence à étendre le bénéfice du mariage putatif en appréciant toujours avec faveur les conditions nécessaires à son admission* ».

l'espèce sur le *favor matrimonii*. Enfin, l'application de ces méthodes pourrait également se fonder sur l'institution restrictive du *Handeln unter falschem Recht*[2062] (sur laquelle nous allons revenir dans un instant), si l'on considère que les parties ont agi au regard du droit étatique syrien, droit de leur nationalité.

559. Dans la décision *Schwebel*, dont la confrontation avec l'arrêt *Zagha* parait pertinente puisque la justification du *favor matrimonii*[2063] ne peut valoir (il s'agit d'une désunion), la Cour de l'Ontario canadienne reconnait l'existence d'une désunion d'époux hongrois devant un rabbin dans un camp de réfugiés en Italie, au motif qu'un Etat (Israël) ayant un lien avec la situation (séjour de sept ans dans cet Etat, toutefois effectué après la désunion) a reconnu la désunion, même si celle-ci ne saurait être valide en application des règles de conflit canadienne. Selon P. Mayer, se référant sur ce point à la thèse de M.-N. Joubard-Bachellier, il s'agit là d'une application de la possession d'état, justifiant la légitimité des prévisions des parties. Là encore cependant, c'est en raison de la reconnaissance étatique de la situation initialement consacrée par une autorité religieuse, que la situation est reconnue dans un troisième Etat.

560. La doctrine allemande traite cette difficulté sous l'institution du *Handeln unter dem falschen Recht*, correspondant à l'idée que les parties ont fondé leurs prévisions au regard d'un droit autre que celui rendu applicable selon les règles de conflit de lois du for saisi. L'application de cette théorie semble, en l'espèce, quelque peu artificielle : il semble plus raisonnable d'admettre que les parties ont voulu « divorcer » selon les règles de leur religion, et non selon celles israéliennes, même si elles se trouvent « en transit » vers ce pays dans lequel elles ont pour projet de s'installer. Il serait plus réaliste d'admettre que les normes au regard desquelles les parties ont fondé leurs prévisions peuvent être non étatiques[2064].

Là encore, on ne peut affirmer que la volonté de coordination avec les ordres non étatiques justifie la mise en œuvre d'une méthode unilatérale. D'une part, le rôle de la possession d'état est primordial (détaché de tout *favor matrimonii*) : l'écoulement du temps est aussi dans cet arrêt un élément majeur fondant le caractère légitime des prévisions des parties. D'autre part, la reconnaissance de la désunion par l'Etat d'Israël joue également un rôle décisif[2065].

Ainsi, si la mise en œuvre des mécanismes unilatéralistes a pu permettre une certaine coordination avec des règles ou normes non étatiques, on ne peut affirmer qu'il s'agit là d'un objectif premier de passage à une méthode plus libérale. Un tel passage se justifie bien davantage d'un point de vue

---

[2062] La doctrine allemande parle de « l'agir selon une loi fausse », c'est-à-dire « *de l'agir en utilisant des notions et des institutions d'une loi qui n'est pas applicable* » (E. JAYME, « Les langues et le droit international privé », *RCADI*, vol. 381, 2016, p. 16 spéc. p. 33 ; G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, Munich, Beck, 9ème éd., 2004, p. 65 et s. ; C. MÜNZER, *Handeln unter falschem Recht*, Francfort-sur-le-Main, Lang, 1992). V. *infra* n°560.

[2063] V. par exemple, pour une interprétation souple de la putativité, CA Paris, 7 févr. 2002 (I. FADLALLAH, C. TEXIDOR, « Polygamie », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mars 2013, n°33) : la deuxième épouse « a pu croire le mari qui l'a entretenue dans son erreur sur l'absence d'effet du droit du mariage coutumier ».

[2064] Ce qui n'est pas soutenu Outre-Rhin. Nous ne retiendrons pas non plus ce mécanisme, qui ne permet pas de s'assurer de l'existence d'une communauté non étatique et d'un lien pertinent entre les normes au regard desquelles agissent les parties et la situation.

[2065] A suivre notre raisonnement, il n'y aurait pas, en l'espèce, d'ordre non étatique. Il s'agit alors de la reconnaissance de la position concrète de l'ordre juridique étatique israélien, qui ne concerne pas la coordination avec les ordres non étatiques.

subjectif, par le respect des prévisions des parties, que la situation ait ou non été cristallisée par l'intervention d'une autorité non étatique.

561. Conclusion de la section. Rechercher dans la méthode de reconnaissance des situations une possible coordination avec les ordres non étatiques, tels que définis dans ce travail, apparait à la lecture des évolutions récentes du droit positif, et des réflexions doctrinales s'y afférant, comme une recherche particulièrement hasardeuse. La méthode retenue est ancrée dans une idéologie libérale, permettant aux parties de se prévaloir de statuts obtenus dans des ordres juridiques qui n'auraient pas été désignés par les règles de conflit de lois. Les justifications apportées sont tournées vers les intérêts des parties, jugés plus aptes que l'Etat du for saisi à déterminer les règles venant les régir. On remarquera cependant que ce point de vue est à nuancer, au regard des exigences de proximité, d'absence de fraude, ainsi que la référence à une cristallisation par possession d'état. Si la reconnaissance fondée sur la possession d'état peut apparaitre excessivement laxiste en présence d'ordres étatiques libéraux et dans des domaines permettant traditionnellement l'autonomie des parties, une telle condition est cependant prometteuse lorsqu'il s'agit de penser la reconnaissance de situations ayant un lien avec des communautés socioculturelles dans le domaine personnel et familial.

Section 2 : L'écoulement du temps comme élément objectif et central au déclenchement de la méthode

562. En dehors de l'existence d'un acte public, la doctrine a pu dégager d'autres cas d'intervention de la méthode de reconnaissance des situations : apparence, écoulement du temps, prévisions des parties, règlement non étatique d'un conflit interindividuel…[2066]

Au regard des normes non étatiques, l'écoulement du temps est le marqueur de l'effectivité sociale de celles-ci, fondant la légitimité des prévisions des parties et des tiers à la relation. En raison de la densité normative caractéristique des communautés socioculturelles, la norme sociale est en effet immédiatement socialement sanctionnée[2067]. L'absence de remise en cause de la situation dans le temps montre ainsi sa validité au regard des normes sociales admises dans la communauté restreinte.

L'écoulement du temps est ainsi un élément central de la reconnaissance de situations cristallisées au regard de normes non étatiques (I). C'est un élément objectif permettant de caractériser l'existence de prévisions des parties et des tiers suffisamment légitimes en l'absence de décision non étatique. Encore faut-il que l'existence d'un ordre non étatique soit donnée, soulevant la question de la possible prise en compte de situations cristallisées au sein de communautés socioculturelles non reconnues à l'étranger.

Il ne s'agit cependant pas de la seule condition de la méthode (II).

I- Les différents rôles du critère de l'écoulement du temps

563. L'écoulement du temps peut être considéré comme critère d'effectivité sociale de la norme de la communauté socioculturelle répondant aux conditions jusqu'ici relevées. Saisir la situation et non la norme socioculturelle en tant que telle peut être particulièrement judicieux lorsque cette dernière est foncièrement différente de la norme étatique. A défaut d'une autre coordination possible, la reconnaissance de la situation peut constituer une solution satisfaisante (B).

La tentation est par ailleurs grande de pallier l'absence de reconnaissance étatique par l'écoulement du temps comme critère d'efficacité sociale. Une telle proposition permettrait une ouverture aux normativités socioculturelles non qualifiées d'ordres non étatiques en raison de l'absence de circulation possible des décisions (c'est-à-dire de reconnaissance au sens large[2068]). En réalité, retenir dans ce cas une hypothèse autonome de déclenchement de la méthode de reconnaissance des situations fondée uniquement sur ce critère n'apparait pas justifié en l'absence de légitimité et d'effectivité suffisantes. Il convient alors d'associer l'écoulement du temps à d'autres critères plus subjectifs afin de faire jouer, à titre exceptionnel, la méthode de reconnaissance des situations (A).

[2066] V. par exemple, les différents fondements proposés par P. MAYER, « Les méthodes de reconnaissance… », *op. cit.*
[2067] V. *supra* n°337 et s.
[2068] V. *supra* n°187 et s.

A- L'écoulement du temps comme marqueur de l'effectivité sociale et palliatif de l'absence de reconnaissance étatique ?

564. Pourrait-on soutenir que l'écoulement du temps marque une effectivité sociale telle qu'elle serait susceptible de pallier la condition de circulation de la norme non étatique dans un ordre juridique étatique ? En accord avec ce qui a été jusqu'ici soutenu, une telle proposition n'est pas satisfaisante (1) ; il convient alors de se pencher sur les alternatives, ne permettant qu'une coordination particulièrement ponctuelle et fondée sur d'autres éléments (prévisions des parties, logique contractuelle), permettant de pallier, à titre exceptionnel, le défaut de légitimité d'une telle norme (2).

1) L'absence de palliatif au défaut de reconnaissance étatique

565. Retenir l'écoulement du temps comme palliatif de la reconnaissance étatique revient à remettre en cause la définition de l'ordre non étatique, telle qu'elle a été posée au début de ce travail : l'existence d'un ordre non étatique pour les besoins du droit international privé dépend partiellement de la possible circulation de ses décisions dans un ordre étatique étranger, et donc de sa « reconnaissance », largement entendue. Une telle condition a vocation à satisfaire à deux exigences : celle de légitimité et celle d'effectivité.

Force est de constater que de nombreux « actes », se présentant sous la forme d'un ordre catégorique et concret et résultant de l'intervention d'une autorité d'une communauté socioculturelle ne peuvent, en raison de l'absence de reconnaissance par un ordre juridico-étatique, accéder au rang de norme non étatique. Ces actes assurent toutefois des fonctions sociales pertinentes en matière personnelle et familiale : règlement des conflits[2069], création de liens familiaux (unions, désunions, adoptions)… Et s'inscrivent potentiellement dans des communautés connaissant une structure institutionnelle particulièrement développée[2070].

Prenons l'exemple des yézidis[2071] syriens, dans la mesure où cette minorité n'est pas inconnue du juge occidental saisi d'un litige de droit international privé. Les yézidis sont une minorité religieuse

---

2069 V. l'exemple des *Bashingantahe* au Burundi. « *Tel est également le cas en Afrique où, à l'instar du Burundi, des institutions coutumières en matière de résolution des litiges comme les Bashingantahe, sont perçues par la population comme des acteurs essentiels de pacification des rapports sociaux en dépit, actuellement, de toute reconnaissance formelle par le droit de l'État, et avec lesquels les magistrats interagissent malgré tout, tant sont en jeu la résolution des conflits et l'exécution des décisions de justice* » (F. HOURQUEBIE, P. GERVIER, « Introduction. Les enjeux du pluralisme juridique et judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (n°1), p. 29).

2070 V. l'exemple des roms de Roumanie : « *C'est à partir de la seconde moitié du XIX^e siècle, avec l'abolition de l'esclavage, que les deux institutions rom ont pu se reconstituer : (1) le leadership décisionnel « exécutif », représenté par le bulibaşa, chef de la communauté, issu généralement de la famille la plus riche et la plus puissante ; (2) le conseil des sages, siégeant autour du bulibaşa et étant composé de ses conseillers ; (3) enfin, le stabor ou le tribunal de paix, organe juridique. Celui-ci est organisé comme un organe collégial, composé d'un nombre variable (de trois à sept) krisnitor (juges), le bulibaşa n'ayant pas en principe le droit d'y siéger. Les membres du stabor sont sélectionnés en principe selon deux procédures : l'héritage ou la qualification par la réputation morale et intellectuelle. Quel que soit le cas, les femmes sont interdites d'accès à toute fonction et à tout statut qui implique la prise des décisions. Dans les communautés les plus mobiles, où les hommes circulent notamment à l'étranger, les stabors se composent très souvent des « Vieux » ayant une expérience dans la gestion des affaires intra-communautaires* » (S. MIŞCOIU, L. HERŢA, *op. cit.*, spéc. p. 82).
Le droit coutumier rom ne fait pas l'objet d'une reconnaissance officielle par l'État roumain et il n'y a aucune prise en compte des processus et des décisions des institutions traditionnelles rom par les autorités étatiques. Les auteurs mettent toutefois en évidence une « *accommodation* [*de facto*] *complexe et parfois inouïe entre l'application de la loi officielle de l'État et la mise en œuvre des décisions prises par les instances coutumières* » (spéc. p. 83).

2071 « *Le mot Ezîdî ou Yézidi est employé pour désigner une entité religieuse. Les Yézidis, adeptes de la religion éponyme, appartiennent en fait à l'ethnie kurde. Ils croient même en constituer le fondement. Ils s'en distinguent seulement par leur religion. Toutes les communautés*

non reconnue en Syrie[2072]. En raison des mouvements migratoires, de nombreux syriens sont aujourd'hui susceptibles de saisir le juge européen d'un litige familial. Outre-Rhin, le juge a pu être saisi de la question de la remise de la dot suite à une rupture des fiançailles ou à une désunion[2073]. Les cas existants ont conduit à une application du droit allemand : suivant les méthodes conflictuelles (en raison de la nationalité allemande de l'épouse, bien que l'ensemble des autres participants soient de nationalité syrienne[2074] et en application de la règle de conflit de lois allemande en matière de fiançailles[2075]) ou sans évoquer celles-ci (tout en relevant que l'ensemble des parties était kurde et la présence d'un *fakir* en tant que « témoin »[2076]). Relevant dans la décision de 2011 que les coutumes yézidi constituent un système de normes et de valeurs, bien que non étatique, le juge allemand précise que ces normes ne possèdent pas de force légale et peuvent tout au plus être considérées comme ayant une valeur contractuelle (le contrat ayant pour objet la dot est jugé contraire aux bonnes mœurs au sens du § 138 du *Bürgerliches Gesetzbuch*)[2077].

566. A imaginer que le juge français soit saisi de la question, par exemple à l'occasion d'une demande en divorce, de l'existence d'un mariage selon les coutumes yézidi entre deux époux de nationalité syrienne, serait-il judicieux de raisonner selon la méthode de reconnaissance des situations, en lieu et place des méthodes conflictuelles ? Rappelons qu'en l'absence de reconnaissance étatique de cette communauté (par la Syrie, la communauté en question étant la communauté yézidi syrienne), la méthode de reconnaissance des décisions ne peut être appliquée.

Une telle proposition n'est pas satisfaisante et les raisons ont d'ores et déjà été évoquées. L'absence de réception par les méthodes de reconnaissance est entièrement justifiée : la situation, tout comme la « norme » au regard de laquelle elle s'est cristallisée, ne possède pas l'effectivité ni la légitimité nécessaires à une relevance pour les méthodes du droit international privé[2078]. Il existe une multitude de minorités possédant les caractéristiques de la communauté socioculturelle ne bénéficiant d'aucune reconnaissance étatique. Le comportement des parties et des tiers conforme

---

yézidies connues parlent le kourmandji ou bien le êzidîkî, pratiqués notamment dans le nord de la Turquie (Kurdistan turque). […] Les Yézidis sont éparpillés dans plusieurs régions du monde. Il en reste près d'un million dans le monde. La majorité d'entre eux vit en Irak dans la région fédérale du Kurdistan. C'est là que se trouve le centre religieux et politique de ce peuple » (S. DARWESH, « Les Yézidis, entre reconnaissance de l'identité et émigration », *Confluences Méditerranée*, vol. 105, n°2, 2018, p. 131, spéc. p. 131 et s.).

[2072] Ce qui n'est pas le cas par exemple en Iraq (ce qui n'empêche par ailleurs pas que les yézidis, ainsi que d'autres minorités, fassent « l'objet de discrimination ou de persécution de la part de représentants de l'État et des régions ainsi que des activistes islamistes, en particulier dans les territoires contestés » (IILHR – Institute for International Law and Human Rights, *Report on the situation of minorities and other vulnerable groups*, mai 2013, p. 12).

[2073] Selon les coutumes yézidies, la dot serait à rembourser lorsque les époux vivent moins d'un an ensemble (*Oberlandesgericht* Hamm, 13 janv. 2011, n°18 U 88/10, *NJW-RR* 2011, p. 1197).

[2074] Pour une critique : E. JAYME, *Zugehörigkeit und kulturelle Identität*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2012, spéc. p. 39 et s.

[2075] *Oberlandesgericht* Hamm, *op. cit.*. L'analyse est légèrement plus fine, en raison de l'absence de règle de conflit de lois en matière de fiançailles. Les propositions de règle de conflit en doctrine et jurisprudence (analogie avec la règle de conflit en matière de mariage ; nationalité de l'époux défendeur) mènent en l'espèce au même résultat et la question du contenu de la règle de conflit n'a donc pas été tranchée.

[2076] *Oberlandesgericht* Celle, 10 oct. 2007, n°7 U 54/07, *NJW* 2008, p. 1005.

[2077] *Oberlandesgericht* Hamm, 13 janv. 2011, *op. cit.* : « [c]omme il a pu être justement admis par le *Landesgericht*, les coutumes du yézidi ne relèvent pas du droit étatique, mais d'un système de normes et de valeurs qui repose uniquement sur des traditions transmises oralement (Affolderbach/Geisler, *Die Yeziden*, EZW-Texte n°192/2007, p. 8). Mais il s'ensuit en même temps que les règles qui déterminent l'existence de l'obligation et le contenu même de la coutume en question ne déploient pas d'effet de par la loi. L'exercice de la coutume nécessite plutôt une base contractuelle (voir *Oberlandesgericht* Cologne, 4 avril 1994, n°20 U 226/92, *NJW-RR* 1994, *NJW-RR*, 1994 p. 1026), qui existe en l'espèce entre la cliente et la défenderesse » (traduction libre).

[2078] V. *supra* n°168 et s.

à une norme socioculturelle[2079], lorsque cette situation est insusceptible d'être reconnue par un Etat étranger, n'apparait pas suffisant pour admettre *per se*, l'octroi d'effets juridiques de droit français.

Enfin, il n'est pas possible de se prévaloir du fait que la communauté yézidi iranienne pourrait accéder aux méthodes de droit international privé, au contraire de la communauté yézidi syrienne (soit d'une rupture d'égalité). Selon la modélisation proposée, il ne s'agit en aucun cas de la même communauté, chaque communauté dépendant étroitement du milieu normatif – et principalement étatique – dans lequel elle est ancrée[2080].

Le refus du déclenchement de la méthode de reconnaissance des situations en raison de l'unique intervention du facteur temporel, venant objectivement marquer l'existence d'une norme socioculturelle, n'empêche pas le jeu de la méthode de reconnaissance des situations sur d'autres fondements, venant s'adjoindre à l'écoulement du temps.

2) La nécessité d'adjoindre à l'écoulement du temps d'autres fondements permettant le jeu de la méthode de reconnaissance des situations

567. Que la reconnaissance de la situation soit alors possible sur un fondement plus subjectif, lié au moins partiellement aux prévisions des parties et/ou des tiers, est conforme à l'interprétation majoritairement admise de la méthode[2081]. Celle-ci ne propose cependant qu'une coordination très indirecte avec une communauté non étatique, ce qui ne signifie toutefois pas qu'un tel mécanisme ne puisse pas être considéré comme judicieux (b).

Par ailleurs, on peut se demander s'il n'est pas possible de reconnaitre les actes rendus par certaines autorités non étatiques (n'appartenant toutefois pas à une communauté socioculturelle reconnue) sur le fondement de la reconnaissance des sentences arbitrales (a). Tel pourrait être le cas lorsque l'autorité non étatique a pour fonction de résoudre un conflit interindividuel. Toutefois, tant la qualification d'arbitrage que son régime ne semblent pas adaptés aux normes des communautés socioculturelles étrangères.

a) Reconnaissance des sentences arbitrales, domaine personnel et familial et communautés non reconnues

568. C. Legendre souligne que « *[l]'arbitrage devient […] le vecteur essentiel du pluralisme juridique. Il permet à une pluralité de systèmes non étatiques de voir leurs règles appliquées et les décisions de leurs tribunaux revêtir le même statut qu'un jugement étatique* »[2082]. Il reste que « *la logique des droits étatiques, susceptible de conditionner l'efficacité de la sentence arbitrale, est tout autre [qu'institutionnelle] : elle est contractuelle* »[2083]. La

---

[2079] Dont le juge français ne pourrait vraisemblablement pas en juger la conformité. V. déjà, pour les communautés socioculturelles reconnues, *supra*, n°410 et s.

[2080] V. *supra* n°345.

[2081] V. *supra* n°554 et s.

[2082] C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Paris, 2020, spéc. n°207, p. 181 et s. V. déjà *supra* n°198.

[2083] La citation est de F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007, p. 529-530. *Idem* : il conviendrait de « *recouvrir l'arbitrage en matière sportive d'un voile contractuel destiné à lui permettre de satisfaire aux exigences* » du droit positif de l'arbitrage (M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011, n°554, p. 226). Ceci est particulièrement visible en matière sportive : « *l'acceptation par le juge étatique de faire produire effet à la clause compromissoire contenue dans le règlement d'une fédération sportive requiert de lui attribuer une nature contractuelle* » (Y. HEYRAUD, *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, n°446, p. 238). V. déjà *supra* n°198 et s.

matière est marquée en droit français par son libéralisme[2084], notamment au regard des règles relatives à l'arbitrage interne[2085], et permet notamment aux parties de se soumettre à d'autres normes que les normes étatiques : les parties sont libres de choisir « les règles de procédure qu'elles souhaitent » et l'arbitre tranche le litige « conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées »[2086]. La mention de « règles de droit » autorise l'application de normes non étatiques[2087]. On observe qu'en pratique, l'arbitre applique des règles étatiques ou non étatiques, en présence ou plus rarement en l'absence de choix des parties en ce sens[2088]. Du point de vue du juge français, le raisonnement en termes de conflit de lois est abandonné[2089] au profit d'un raisonnement en termes de reconnaissance de la sentence arbitrale, soit principalement d'un contrôle au regard de l'ordre public international[2090], soit de conformité aux valeurs essentielles et principes fondamentaux de l'ordre juridique français[2091]. La source de la norme, non étatique, n'est pas de nature à heurter l'ordre public international français.

569. Le libéralisme des règles relatives à la reconnaissance de la sentence arbitrale interroge les frontières de l'arbitrage international. Celui-ci est défini par l'article 1504 du Code de procédure civile comme mettant « en cause des intérêts du commerce international ». Les règles relatives à l'arbitrage international n'ont pas uniquement vocation à s'appliquer en matière commerciale : les litiges sont, par principe, jugés arbitrables, sauf dans « les cas où l'inarbitrabilité relève de la matière – en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la

---

2084 Art. 1504 et s. du Code de procédure civile, Convention de New-York du 10 juin 1958 (signée par la France le 25 novembre 1958, ratifiée le 26 juin 1959) déterminant les conditions de reconnaissance par l'Etat d'une sentence rendue à l'étranger ou d'une sentence rendue sur le territoire local, mais considérée comme étrangère (en pratique, seulement si la sentence a été rendue à l'étranger). La justification classiquement avancée est la suivante : son utilité dans le règlement des litiges d'affaires internationaux, et notamment celle de choisir des règles qui ne correspondent à aucune culture juridique des parties à l'arbitrage, ne donnant aucun avantage à l'une d'entre elles (neutralité). En ce sens : S. BOLLEE, « Le développement de l'arbitrage dans des nouvelles matières considéré sous l'angle du contrôle des sentences », *La Semaine Juridique, édition générale*, supplément au n°7-8, 17 février 2020, p. 41.

2085 Ainsi, les règles de droit judiciaire privé, et notamment les principes directeurs du procès civils, ne sont en principe pas applicables à l'arbitrage international. Les parties peuvent par ailleurs déroger à une série de règles obligatoires pour l'arbitrage interne (par exemple l'article 1506 Code de procédure civile).

2086 Art. 1509 et 1511 al. 1 du Code de procédure civile.

2087 Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, Traités, 1996, n°1444 et s., p. 814 et s. ; Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Domat – Droit privé, 2ème éd., 2019, n°804 et s., p. 800 et s. ; J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, Thémis, 1re éd., 2016, n°757 et s., p. 484 et s. V. déjà *supra* n°198.

2088 Pour un exemple : CCI, n°15089, 15 sept. 2008 : application des Principes Unidroit en présence d'un « choix négatif » (*negative choice*), éventuellement complétée par le droit étatique. Aussi : CCI, n°14748, 2009, *JDI* 2016, p. 623, obs. B. DERAINS : « le Tribunal arbitral décide que les règles de droit qui seront applicables au fond du litige sont celles des usages du commerce pertinents, y compris les notions qui sont considérées comme appartenant à la *lex mercatoria*, telles que reflétées notamment par les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ».

2089 Réforme réalisée par le décret du 12 mars 1981, n°81-500 ; Civ. 1, 20 déc. 1993, *Dalico*, n°91-16.828 (*JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, et p. 690 note E. LOQUIN ; *Rev. Arb.* 1994, p. 118, note H. GAUDEMET-TALLON ; *RCDIP* 1994, p. 663 note P. MAYER).

2090 Art. 1514 du Code de procédure civile. « [L]'ordre public international (…) s'entend de la conception française de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ensemble des règles et des valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des matières internationales » (CA Paris, 14 juin 2001, *André v. SA Tradigrain France* ; *Rev. Arb.* 2001, p. 773 note Ch. SERAGLINI).

2091 Ce contrôle est bien entendu central pour les méthodes de reconnaissance de droit international privé (v. sur le sujet : D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, Préf. H. Muir Watt, 2002).

compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage »[2092]. L'arbitrabilité du litige est en effet une condition de reconnaissance de la sentence[2093]. Classiquement, le recours à l'arbitrage est exclu pour les matières fortement empreintes d'ordre public, soit relatives aux domaines pénal et fiscal, et, en droit privé, à une partie du droit familial ou encore du droit du travail. Plus précisément pour ce qui est du droit de la famille, l'arbitrage international n'est pas limité par les articles 2059 et 2060 du Code civil (possibilité de compromettre uniquement sur les droits dont les parties ont la libre disposition ; exclusion des questions d'état et de capacité des personnes, de celles relatives au divorce et à la séparation de corps). Il serait possible de soumettre à l'arbitrage international le domaine des successions et les régimes des biens entre époux, ainsi que le domaine des obligations alimentaires pour les aliments échus (en raison de la prohibition française de renoncer aux aliments à venir). Certains auteurs s'interrogent par ailleurs sur la possibilité de soumettre à l'arbitrage les effets du divorce ou la responsabilité parentale[2094].

Une telle interprétation pourrait *a priori* permettre une certaine coordination avec les « décisions » de communautés socioculturelles en la matière (i). A l'examen cependant, tant la qualification que le régime de l'arbitrage international ne sauraient être adaptés à la prise en compte des « décisions » des communautés socioculturelles non reconnues (ii).

i) Communautés socioculturelles et arbitrage

570. L'arbitrage international n'est pas entièrement hermétique au droit de la famille[2095]. Nombre d'arbitrages religieux ont notamment trait à des échanges économiques[2096], y compris en matière familiale (succession, convention matrimoniale notamment). Dans une décision du 17 mars 2021, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans une affaire relative aux droits de succession, domaine il est vrai à la lisière du droit de la famille, relève l'incompétence des juridictions françaises en vertu des articles 1506 et 1448 du Code de procédure civile laissant l'arbitre, en l'espèce le tribunal arbitral rabbinique israélien, vérifier sa compétence au regard de la convention d'arbitrage[2097]. On remarquera à cet égard que la France a levé la réserve de la limitation de l'application de la Convention de New York à la matière commerciale[2098].

Par ailleurs, l'arbitrage est la qualification juridique souvent prônée en interne pour envisager une coordination avec des ordres non étatiques. Les décisions du *Beth Din of America*, aux Etats-Unis, font ainsi l'objet d'une reconnaissance sur le terrain de celle des sentences arbitrales[2099]. Le juge

---

2092 CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et autres c. SNCFT*, *Rev. Arb.* 1991, p. 478 note L. IDOT.

2093 Article 1520-1 du Code de procédure civile ; Article V, 2a de la Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, érigeant en condition de refus de reconnaissance de la sentence arbitrale étrangère l'inarbitrabilité du litige selon la loi du for. La question se cristallise notamment sur la reconnaissance de sentences rendues en droit du travail ou en matière disciplinaire.

2094 M. FARGE, « L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ? », *in Un droit en perpétuel mouvement, Mélanges offerts à Geneviève Pignarre*, LGDJ, 2018, p. 323.

2095 V. M. FARGE, *op. cit.* ; A.-M. LEROYER, « Arbitrage et droit de la famille », Lettre de l'AFA n°27, mai 2018. L'existence de deux centres d'arbitrage, le centre d'arbitrage des affaires familiales et le centre d'arbitrage des litiges familiaux montre l'intérêt des praticiens.

2096 F.-X. LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. Arb.* 2013-1, p. 57.

2097 Civ. 1, 17 mars 2021, n° 20-14.360, note G. KESSLER, *AJ Famille* 2021, p. 315.

2098 Ph. FOUCHARD, « Convention de New-York : la France retire sa réserve de commercialité », *Rev. Arb.*, 1990, p. 210.

2099 M. J. BROYDE, « Jewish Law Courts in America : Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America Precedent », *New York Law School Law Review*, 2012-2013 (57), p. 287.

allemand, confronté à la décision d'un conseil rom statuant sur le sort de la dot en cas de rupture des fiançailles, se pose également la question de la qualification de cette décision comme sentence arbitrale. Si en l'espèce celle-ci n'est pas retenue, c'est au motif, nous y reviendrons[2100], de l'absence de mise en œuvre de règles de droit par l'instance en question. Enfin, on observera un mouvement, particulièrement dans certains Etats de *common law*, vers une consécration d'un arbitrage spécifiquement religieux[2101].

571. La qualification de sentence arbitrale pourrait par ailleurs se prévaloir de l'argument que certaines communautés non étatiques utilisent le vocabulaire de l'arbitrage. On peut citer à ce titre l'exemple de la communauté ismaélienne.

Cette communauté musulmane chiite se conçoit comme véritablement transnationale et connait depuis 1986 et par l'initiative de son chef spirituel (l'Aga Khan) une constitution comportant tant des règles substantielles que des règles procédurales. Au titre de ces dernières a été institué un système pyramidal de juridictions locales, régionales et nationales (*Conciliation and Arbitration Boards*), auquel s'ajoute une juridiction d'appel (*International Conciliation and Arbitration Board*) venant unifier les solutions rendues[2102].

Nous l'avons déjà vu[2103], et nous y reviendrons d'ici peu, l'utilisation d'un vocabulaire commun n'est pas un argument valable pour qualifier les décisions rendues d'arbitrage : ce qui importe est que celui-ci soit un mécanisme volontaire. Comme le souligne justement S. Brachotte, « *l'arbitrage ismaélien dans les affaires commerciales reflète l'éthique ismaélienne, ainsi que l'engagement diasporique de la communauté, qui se caractérise par une identité hybride composée à la fois de l'identité musulmane ismaélienne et des diverses identités nationales des Ismaéliens. Par conséquent, les procédures d'arbitrage ismaéliennes reflètent des intérêts collectifs, étatiques et religieux* »[2104]. En réalité, le principe d'autonomie « *ne permet pas de rendre compte des visions plus collectives de l'arbitrage (telle que celle de l'arbitrage ismaélien)* »[2105]. Une telle argumentation, à laquelle nous adhérons, ne vaut que davantage dans le domaine personnel et familial.

Plus qu'utiliser le vocabulaire de l'arbitrage, on remarquera que certaines communautés non étatiques se conforment aux exigences des droits étatiques afin précisément de bénéficier d'une reconnaissance de leurs décisions en tant que sentences. Tel est le cas du *Beth Din of America*. A reprendre les développements de M. J. Broyde[2106], on relèvera que le *Beth Din of America* a, à la fin

---

2100 V. *infra* n°579.

2101 V. *supra* n°198, et notamment : L. A. BAMBACH, « The Enforceability of Arbitration Decisions Made by Muslim Religious Tribunals : Examining the Beth Din Precedent », *Journal of Law and Religion*, 2009/2010 (vol. 25), p. 379 ; M. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels : Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017.

2102 A. A. JAMAL, « Religious Authority and Constitutional Order : A case study of the Conciliation and Arbitration Boards (CABs) of the Shia Imami Ismaili Community », *Journal of Law, Religion and State*, 2013 (2), p. 235 ; K. LEONARD, « Transnational and Cosmopolitan Forms of Islam in the West », *Harvard Middle Eastern and Islamic Review*, 2009 (8), p. 177.

2103 V. *supra* n°185.

2104 S. BRACHOTTE, « The Limits of Arbitration Law in Addressing Cultural Diversity : The Example of Ismaili Arbitration in the United Kingdom », *Laws*, 2021, 10 (n°2), p. 47. V. déjà *supra* n°185.

2105 S. BRACHOTTE, « Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297.

2106 M. J. BROYDE, « Jewish Law Courts in America : Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America Precedent », *New York Law School Law Review*, 2012-2013 (57), p. 287.

des années 1990, travaillé, avec un conseil indépendant, à la mise au point d'une procédure d'arbitrage compatible avec le droit américain et notamment avec les principes de la Loi fédérale sur l'arbitrage américaine[2107]. Concrètement, les modifications se sont avérées principalement d'ordre procédural. A titre d'exemple, la première étape pour les parties se présentant devant le *Beth Din of America*, est de signer une convention d'arbitrage comportant les principes procéduraux de la procédure d'arbitrage. Ce formulaire apporte la preuve de leur consentement à la procédure. Les modifications, parfois en contradiction avec la tradition hébraïque, n'ont été rendues possibles, selon l'auteur, qu'en raison de l'indépendance du *Beth Din of America* par rapport au *Rabbinical Council of America*, montrant par là l'absence d'unité d'un ordre transnational hébraïque[2108].

Si une telle solution est éventuellement adaptée à la gestion du pluralisme interne, on ne s'avèrera pas convaincue de la pertinence de la qualification d'arbitrage international lorsqu'il est question des décisions des communautés socioculturelles.

ii) Reconnaissance des sentences arbitrales et communautés socioculturelles : critique

572. Le régime libéral de la méthode de reconnaissance des sentences arbitrales est fondé sur l'idée d'une légitimité consensuelle[2109]. Une telle logique est fondamentalement peu convaincante afin de fonder la coordination avec certains phénomènes non étatiques[2110]. On relèvera ainsi une nouvelle fois que, selon les normes hébraïques traditionnelles, les parties de confession juive refusant de comparaitre devant un tribunal hébraïque peuvent se voir émettre à leur encontre une déclaration publique (*seruv*) pour les contraindre à se présenter devant la justice hébraïque. Les implications pratiques varient en fonction de la communauté, mais peuvent aller jusqu'à l'exclusion d'une participation aux cérémonies religieuses, le déni de certains droits et le renvoi d'une école religieuse ou encore le refus d'entamer ou de continuer des relations commerciales[2111]. Aussi la signature par les parties d'une convention d'arbitrage à la saisine du *Beth Din of America* peut sembler bien artificielle. La logique consensuelle est d'autant plus difficile à soutenir dans le domaine familial, pour lequel le postulat de l'accord libre des volontés ne peut être élevé au rang de directive première au stade conflictuel[2112]. Ce postulat, régulièrement dénoncé par les auteurs lorsqu'il est question de l'ordre sportif international[2113], ne peut qu'être davantage critiqué lorsque sont en cause les communautés socioculturelles ; il est encore plus difficile d'y voir des ordres « négociés ».

Le caractère fondamentalement imposé de la solution heurte par ailleurs frontalement ce postulat. Certes, l'intervention du tiers pour le règlement du conflit peut parfois davantage relever de la

---

[2107] Federal Arbitration Act (FAA), 9 U.S.C. §§ 1–16 (2012).
[2108] V. sur ce point, déjà *supra* n°367.
[2109] V. pour une critique *supra* n°102 et s.
[2110] V. *supra* n°225 et s.
[2111] G. FRIED, « The Collision of Church and State: A Primer to Beth Din Arbitration and the New York Secular Courts », *Fordham Urban Law Journal*, January 2004, Vol. 31 Issue 2, p. 633, spéc. p. 638 et p. 651. Dans certaines communautés juives, le *seruv* est qualifié de « *formidable threat* » (p. 651).
[2112] V. *supra* n°225 et s.
[2113] M. KNOEPFLER, à propos de la liberté de choix du sportif : s'il « *ne veut pas pratiquer son sport en toute marginalité, dans son jardin, sans concurrence ni partenaires, [le] sportif n'a tout simplement pas le choix* » (note sous Tribunal fédéral, Ie Cour civ., 15 mars 1993, *Gundel c/ Fédération équestre internationale et Tribunal arbitral du sport*, *Revue suisse de droit international et européen*, 1994, p. 149, spéc. p. 153, cité par C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, Paris, 2020, n°47, p. 52). A rapprocher : M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses, Bibliothèque de droit public, 2011.

médiation ou de la négociation[2114], ce qui résulte de l'absence de « force étatique » de l'autorité agissante, notamment lorsque les produits de celle-ci ne sont susceptibles d'aucune circulation dans un ordre étatique. Cependant, voir dans la « décision » d'une instance non étatique de règlement des conflits « médiatrice » une « sentence » en raison du « consensualisme » des parties serait peu satisfaisant au regard des caractéristiques de cette « décision », qui contrastent avec ce que les ordres occidentaux entendent par « arbitrage » : le caractère public de la décision, la pression sociale pour adopter une solution correspondant au « Bien commun »[2115] du groupe, le caractère social de la sanction de la norme concrète adoptée… rendent la qualification de sentence arbitrale peu pertinente.

573. Une qualification artificielle peut être considérée comme adéquate si le régime qu'elle entraine est considéré comme satisfaisant au regard des objectifs poursuivis. Or, en ce qui concerne les communautés denses, le régime de l'arbitrage international parait trop libéral. La critique, d'ores et déjà mise en lumière par de nombreux auteurs, est connue[2116]. On se contentera de rappeler que :

- La reconnaissance des « sentences arbitrales » dans le domaine personnel et familial limité aux communautés socioculturelles non reconnues par un Etat étranger ne souffre pas de la critique de l'absence de limite au choix de loi applicable par l'arbitre (par ailleurs limité par l'ordre public) : en toute hypothèse, le tiers intervenant appliquera les normes de la communauté socioculturelle au nom de laquelle il agit.

- La reconnaissance des « sentences » ne permet pas de garantir que la « décision » rendue soit d'une effectivité suffisante. En effet, l'intervention de l'autorité de règlement des conflits n'exclut pas le recours à la justice étatique à l'étranger. *Quid* de l'édiction, postérieurement à la reconnaissance de la « sentence », d'une décision étatique étrangère, consacrant une solution potentiellement différente de celle retenue par « l'arbitre » ? En raison de l'effectivité de cette dernière, la reconnaissance de la sentence ne permet pas de garantir l'objectif de sécurité juridique. En réalité, seul l'écoulement du temps, couplé avec le respect des prévisions des parties et des tiers, peut éventuellement constituer une cristallisation suffisamment forte pour déclencher la méthode de reconnaissance[2117]. Nul besoin à ce titre de recourir à la méthode de reconnaissance des sentences arbitrales.

- Enfin, le contrôle très restreint *de jure* et *de facto* des sentences par la justice étatique ne permet pas une protection satisfaisante de la partie faible contre un pouvoir communautaire[2118]. A titre d'exemple, en ce qui concerne les normes religieuses, le régime de l'arbitrage international ne permet pas de garantir la liberté de changer de religion, à

2114 V. *supra* n°532 et s.

2115 Sur cette notion, v. *supra* n°107 et s.

2116 Et déjà, pour les « décisions » de l'ordre sportif international : M. BADDELEY, « Droits de la personnalité et arbitrage : le dilemme des sanctions sportives », *in* P. Gauch *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, Schulthess, 2008, p. 707, spéc. p. 716. V. également, C. LEGENDRE, *op. cit.*

2117 V. *infra* n°582 et s.

2118 M. J. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels : Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 228 et s.: « *[r]ather than reviewing such claims of procedural unfairness and duress, state judges would have to defer to the religious arbitrator's decisions, leaving vulnerable litigants without meaningful recourse to ensure the truly volitional nature, and procedural and substantive justice of religious arbitration proceedings* ».

moins de faire intervenir l'ordre public. Plus généralement, l'existence d'un droit d'*exit*[2119] ne peut être garantie, et ce alors même que le consensualisme est le fondement de la méthode. Un tel résultat n'est pas si différent de celui retenu au titre des méthodes conflictuelles ou de reconnaissance des décisions non étatiques. Toutefois, les deux solutions ne sauraient être comparables : la communauté socioculturelle reconnue bénéficie en effet d'une effectivité et d'une légitimité suffisante.

574. Cela ne signifie pas qu'en interne, l'arbitrage ne puisse pas participer d'une stratégie de médiation avec les normes non étatiques[2120] : dans le cadre de l'Etat libéral, les garanties juridictionnelles étatiques peuvent permettre une ouverture contrôlée vis-à-vis des normes non étatiques[2121]. On remarquera toutefois que si le mécanisme de l'arbitrage privé permet en droit positif l'octroi d'effets juridiques à des « décisions » religieuses[2122], l'arbitrabilité, dont les critères

---

[2119] V. *supra* n°100, 231.

[2120] Par exemple, il s'agirait de conclure, au moment du mariage, une convention d'arbitrage religieux (devant un *Beth Din* en application du droit hébraïque) pour les litiges relatifs au divorce doublée de l'engagement contractuel du mari d'exécuter les obligations d'entretien du droit hébraïque vis-à-vis de l'épouse jusqu'à la remise du *guet*. Une telle approche contractuelle permettrait d'établir l'obligation pour le mari de donner le *guet* ainsi que la possibilité de saisir les tribunaux étatiques afin de rendre exécutoire l'obligation d'entretien jusqu'à la remise du *guet*. Comme le souligne M. Boyde, cette solution fait jouer les mécanismes de droit hébraïque et de droit séculier en s'assurant que la remise du *guet* s'effectue conformément à l'appréciation du *Beth Din*, tout en prévoyant une pénalité si le mari ne remet pas le *guet* afin d'éviter la situation des épouses de confession juive qui sont, en l'absence de remise du *guet,* privées de la liberté de se remarier religieusement (*agunah).* V. sur le sujet : R. SCIALOM, *Anthologie de droit hébraïque* (II), Paris, Ed. la mémoire du droit, 2020, spéc. p. 58 et s. ; P. FOURNIER, P. MCDOUGALL, M. LICHTSZRAL, « A "Deviant" Solution : The Israeli Agunah and the Religious Sanctions Law », *in* M. Maclean, J. Eekelaar, *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, p. 89. « *Si son mari ne lui a pas fait don de la lettre de répudiation, [l'épouse] se met en situation d'infraction face à la loi rabbinique. Elle est une femme adultère et ses enfants issus du nouveau mariage seront* mamzerim, *c'est-à-dire illégitimes et comme tels, exclus de la Congrégation de Dieu* » (I. STIBBE, *op. cit.*, n°140, p. 88).

[2121] L'arbitrage est une stratégie qui peut en effet permettre de lutter contre l'exclusivisme de certains groupes minoritaires. On peut à ce titre citer les propos suivants de R. JONES et W. GNANPALA (*Ethnic Minorities in English Law*, Stoke on Trent, Trentham Books, 2000), tels que rapportés, traduits, par M. BOYD (« Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion », *Rapport d'enquête au Ministère du procureur général et au Ministère déléguée à la condition féminine de Toronto*, 2004, (https://collections.ola.org/mon/9000/249162.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024), p. 91) :

« *Les minorités ethniques ont tout naturellement réagi au manque d'appréciation pour leurs coutumes en se renfermant sur elles-mêmes et en fonctionnant en dehors du système juridique traditionnel. Aidés par le développement progressif de réseaux communautaires et de structures de communication organisés et s'appuyant sur les centres religieux et communautaires, les groupes ethniques minoritaires possèdent des systèmes d'autoréglementation élaborés en matière d'obligations qui leur sont applicables et qu'ils comprennent. On fait parfois appel aux membres plus âgés de la communauté ou aux chefs religieux afin qu'ils gèrent ces obligations et procédures réglementaires, mais il existe aussi une grande informalité et une recherche de la « droiture morale » au cas par cas. Au fil du temps, le processus a donné lieu au développement organique des coutumes et des lois personnelles particulières des minorités ethniques en Grande-Bretagne, lesquelles peuvent éviter les réseaux officiels et les voies judiciaires officielles. On le constate notamment en ce qui concerne le mariage, le divorce, la dot, l'offre de cadeaux, la discipline parentale, les transferts de propriété et les soins aux enfants. Bien que les procédures d'arbitrage coutumières puissent ne pas cadrer avec le système juridique occidental, les décisions rendues sont habituellement respectées et mises en œuvre au moyen d'une combinaison de sanctions et d'ostracisme* ».

[2122] A notre connaissance, le droit positif n'a eu à connaitre que de la question de l'exequatur de sentences rabbiniques rendues par la Chambre Arbitrale Rabbinique (*Beth Din*) de France (https://www.dintorah.fr/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

V. ainsi CA Paris, 23 mars 2010, n°08/23008, *Nadjar*, inédit. La cour d'arbitrage rabbinique avait été saisie d'un conflit entre deux frères à propos de la cession de parts de sociétés. La cour d'appel juge que le compromis d'arbitrage est entaché de deux vices (indétermination de l'objet et absence de date) et que la sentence rendue n'est pas assez motivée. Le fait que la religion juive est le principal droit religieux avec lequel une coordination est réfléchie en droit positif s'explique au moins partiellement par le fait que pour les membres de la communauté juive, le recours aux tribunaux étatiques pour régler leurs litiges est par principe prohibé (F.-X. LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. Arb.* 2013-1, p. 57, spéc. p. 57 ; J. KOHN, « "Arbitrage" et Din Tora. Essai de

sont fixés aux articles 2059, 2060 et 2061 du Code civil, est à rejeter en matière de droits indisponibles[2123]. Les questions relatives à l'état et la capacité des personnes ne sont fondamentalement pas susceptibles d'être traitées par l'arbitrage. On peut cependant observer un mouvement – tout au plus une piste de réflexion – vers une arbitrabilité des relations patrimoniales en droit de la famille, pour le compromis (conséquences pécuniaires du divorce, partage entre héritiers par exemple) comme pour la clause compromissoire, du moins lorsque le divorce se produit par consentement mutuel[2124].

575. En droit interne, les sentences font alors l'objet d'un contrôle conséquent : régularité de la constitution du tribunal arbitral, respect par l'arbitre de la mission qui lui a été confiée, respect du principe de la contradiction, régularité formelle de la sentence[2125], validité de la convention d'arbitrage, conformité à l'ordre public. Le refus d'exequatur par le juge français signifie que la décision religieuse ne produira aucun effet dans l'ordre juridique étatique[2126]. La question de l'octroi d'effets à une sentence religieuse ne semble pas avoir fait l'objet de débats particuliers en France. Plusieurs questionnements semblent pourtant opportuns, notamment au regard du regain actuel du mécanisme de l'arbitrage interne[2127]. La question de l'arbitrage religieux pourrait faire l'objet de

droit comparé », 2012 (https://www.chiourim.com/arbitrage-et-din-tora-essai-de-droit-compare-html/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024). Selon ce dernier auteur, « *la halakha stipule l'interdiction pour les Juifs de faire trancher leurs différends par les instances judiciaires instituées par les non-Juifs, et ce même si la législation et la jurisprudence qu'elles appliquent ne contredisent pas les nôtres* ».). Par ailleurs, on relèvera que l'arbitrage a été pensé très tôt au sein de la communauté juive en raison de son dispersement géographique (S. LAST STONE, « Law without Nation ?, The Ongoing Jewish Discussion », *in* A. Sarat, L. Douglas Et M.M. Humphrey (éd.), *Law without Nations*, Stanford University Press, 2011, p. 101 et s.).

V. également : CA Paris (Pôle 1 – Ch. 1), 11 décembre 2012 [2013/06], *M. G. Penya c. société BaRa*, telle que citée par F.-X. LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. Arb.* 2013-1, p. 57, spéc. p. 105 et reproduite p. 286 de la même revue. La cour d'appel annule une sentence de la chambre arbitrale rabbinique au motif que pour justifier le rejet d'une demande en paiement d'arriérés de salaire, celle-ci s'était fondée sur les principes de la Torah sans les citer et avait de surcroît utilisé des références sibyllines. On remarquera que le *common law* est plus souple : dans l'affaire *Musawi v. RE International UK Ltd*, le juge anglais a validé le choix de la *charia* selon la doctrine chiite pour un litige relatif à l'achat d'un terrain entre deux associés. Selon le juge anglais, le droit applicable à un contrat est celui d'un Etat. Mais à titre d'exception, l'article 46(1) de la loi sur l'arbitrage de 1996 permet aux parties ou au tribunal arbitral de choisir un système juridique non étatique (*Musawi v RE International (UK) Ltd & Ors* [2007] EWHC 2981 (Ch) (14 December 2007). V. W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, spéc. p. 424).

Sur les difficultés du droit musulman de penser l'arbitrage : A. MEZGHANI, « Le droit musulman et l'arbitrage », *Rev. Arb.* 2008-2, p. 211 et une réflexion prospective à ce sujet aux Etats-Unis : L. A. BAMBACH, « The Enforceability of Arbitration Decisions Made by Muslim Religious Tribunals : Examining the Beth Din Precedent », *Journal of Law and Religion*, vol. 25, 2009/2010, p. 379.

[2123] Pour plus de nuance, et la distinction entre clause compromissoire et compromis : W. BEN HAMIDA, *op. cit.*, spéc. p. 416 et s. Pour une comparaison avec la matière internationale, bien plus libérale, v. *supra* n°569.

[2124] J.-B. RACINE, « L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille », *Droit et Patrimoine*, n°275, déc. 2017, p. 26. V. la contradiction rapportée par S. RAMACIOTTI (*Laïcité et droit privé*, Thèse de doctorat soutenue le 15 janvier 2021, Université Paris II, n°389, p. 356) : « *un divorce litigieux a perdu sa nature contractuelle ; n'étant plus un droit disponible, il retourne la compétence exclusive des juges judiciaires* ».

[2125] Certains refus d'exequatur se sont fondés sur l'absence de motivation suffisante (le droit rabbinique dispense d'une telle obligation). V. par exemple : CA Paris, 3 décembre 2013, n°11/20285. En matière internationale, v. l'art. 1520 du Code de procédure civile.

[2126] CE, 20 juin 1867, *Abbé Roy*, F19 6108, *D.*, 1867, 3, p. 65. V. sur ce point : E. TAWIL, « Le contrôle opéré à l'occasion d'une demande d'*exequatur* », *in* E. Tawil (dir.), *Justice et religion. La laïcité à l'épreuve des faits*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 237.

[2127] Comme le souligne F.-X. LICARI, « *le mode de règlement des conflits peut être rabbinique, chrétien, musulman, hindouiste, ou encore bouddhiste. Le droit appliqué pourra être, selon le cas, le droit talmudique, la char'ia, etc. Cette espèce d'arbitrage n'est pas neuve. Elle gagne cependant du terrain, car elle répond à une véritable aspiration à la fois identitaire et éthique touchant tous les domaines du droit, y compris le droit des affaires* » (*op. cit.*, spéc. p. 61 et s. ; v. les références de l'auteur sur chacun des modes de règlement des conflits mentionné).

nombreuses crispations, trouvant leur traduction juridique sur le terrain de la confrontation avec l'ordre public français[2128]. Les critiques générales relatives à l'arbitrage se trouvent exacerbées (absence de publicité des débats et des décisions[2129] notamment, en raison de la crainte du communautarisme[2130]), mais certains points sont particuliers au caractère religieux de l'arbitrage (discrimination en fonction du sexe[2131] : en matière successorale[2132], en droit de la preuve[2133], en procédure - crainte qu'en pratique, les femmes ne soient pas libres de consentir à l'arbitrage - et en matière de divorce – répudiation unilatérale –). Par ailleurs, une réflexion au regard de la laïcité pourrait être menée. Prêter main forte aux normes religieuses en ouvrant la procédure d'exequatur des sentences arbitrales aux décisions des tribunaux religieux, et donc en permettant leur exécution forcée par la mise en œuvre de la force publique, peut heurter le principe de laïcité tel que celui-ci est compris en France. Plus précisément, si le biais contractuel permet à des parties de désigner un arbitre appartenant à une certaine religion, qu'en est-il lorsque c'est au juge d'appui de procéder à cette désignation ? La désignation peut-elle alors être comprise comme heurtant la séparation des Eglises et de l'Etat ? Une réflexion en termes contractuels ne permet pas une résolution satisfaisante de cette problématique. Comme le souligne F.-X. Licari, « *en cas de contestation, un tribunal étatique n'aurait pas le pouvoir de se prononcer sur la judéité de l'arbitre, laquelle relève de la seule compétence d'un tribunal rabbinique. S'il passait outre, il violerait le principe de la neutralité de l'Etat* »[2134].

[2128] F.-X. LICARI propose la solution suivante : la soumission à l'arbitrage emporterait renonciation à la protection de la règle d'ordre public, si celui-ci est un « *ordre public de protection* » (*ibid*., spéc. p. 114).

[2129] J. NICHOLS, « Religion, Family Law, and Competing Norms », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law : The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, New York, Cambridge University Press, 2015, p. 197, spéc. p. 213.

[2130] V. *supra* n°446.

[2131] V. déjà *supra* n°442 et s.

[2132] En droit hébraïque, le droit des successions paraît à cet égard se révéler problématique : la vocation héréditaire de la femme serait quasi-inexistante. La vocation subsidiaire des filles à hériter résulte des versets relatifs au partage de la terre d'Israël entre les douze tribus et est nommé l'épisode des filles de Tselofhad : « Alors les filles de Tselofhad […] ; et voici les noms de ses filles : Mahla, Noah, Hogla, Milca et Tirça, elles se présentèrent devant Moïse et Eléazar le prêtre, devant les phylarques et toute la communauté, à l'entrée de la Tente d'assignation, disant : "Notre père est mort dans le désert. Toutefois, il ne faisait pas partie de la faction liguée contre le Seigneur, de la faction de Qôra'h : c'est pour son péché qu'il est mort, et il n'avait point de fils. Faut-il que le nom de notre père disparaisse du milieu de sa famille, parce qu'il n'a pas laissé de fils ? Donne-nous une propriété parmi les frères de notre père !" Moïse déféra leur cause à Dieu. Et l'Eternel parla à Moïse en disant : "Les filles de Tselofhad disent vrai. Tu donneras, oui, tu leur donneras un droit d'héritage parmi les frères de leur père, et tu leur transmettras l'héritage de leur père. Et tu parleras aux enfants d'Israël en disant : Si un homme meurt et n'a pas de fils, vous ferez passer son héritage à sa fille. S'il n'a pas de fille, vous donnerez son héritage à ses frères. S'il n'a pas de frères, vous donnerez son héritage à son plus proche parent dans sa famille, lequel en deviendra possesseur. Ce sera pour les enfants d'Israël une règle de droit, ainsi que l'Eternel l'a prescrit à Moïse" ». Le commentaire français rappelle cependant l'existence de nombreux tempéraments (E. MUNK, *La voix de la Thora, Les Nombres*, 1998, p. 288 et s.).
On relèvera que cette position est également celle de certaines normes inspirées de la *charia*. En droit musulman, la Sourat anissaa [Les femmes] n°11 prévoit aussi que dans certaines situations, l'homme hérite le double de la femme.
On peut ainsi imaginer qu'une sentence accorde l'ensemble des biens de la succession à l'héritier de sexe masculin, au détriment des descendantes, et que cette sentence fasse l'objet d'une contestation devant les juridictions françaises (F.-X. LICARI, *op. cit*., spéc. p. 113 et s.).

[2133] La valeur probatoire du témoignage d'une femme n'est pas équivalente à celle de l'homme. Dans le Coran : Sourate Al Baquara [La vache] n°282. Le droit hébraïque invalide le témoignage d'une femme, mais de nombreuses exceptions existent (*ibid*.).

[2134] *Ibid*., spéc. p. 98.
Le principe d'égalité est lui aussi concerné : le recours à l'arbitrage religieux permet l'application de normes « *customisées* » (M. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels – Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017, p. 4), prenant en compte les sensibilités religieuses. Ce dernier argument peut être rapidement évacué : loin de constituer un statut personnel religieux, l'arbitrage religieux intervient dans des

Par ailleurs, on relèvera, avec S. Brachotte dans son analyse de l'arrêt *Jivraj v. Hashwani*[2135], que l'application des règles relatives à l'arbitrage peut heurter des valeurs protégées par d'autres corps de règles, et notamment l'égalité et l'absence de discrimination fondée sur la religion. En l'espèce, les parties avaient conclu une clause d'arbitrage soumettant leur litige commercial à un tribunal dont chacun des membres appartiendrait à la communauté ismaélienne. Le litige portait sur la validité de la clause et plus précisément sur l'annulation de l'exigence religieuse au motif que celle-ci irait à l'encontre de l'interdiction de la discrimination religieuse à l'embauche issue du la loi de 2003 sur l'égalité en matière d'emploi. La Cour suprême a rejeté la demande en se fondant sur le fait que les arbitres n'étaient pas des employés, réduisant le champ de protection de la loi sur l'égalité en matière d'emploi aux contrats impliquant un lien de subordination. Si une telle exclusion des arbitres du champ d'application de la loi britannique sur l'égalité en matière d'emploi est éventuellement critiquable, on retiendra l'existence d'un conflit irréductible entre l'autonomie des parties sous-entendue par les règles de l'arbitrage et le respect de valeurs comme celle d'égalité, ou, comme souligné précédemment, de laïcité.

L'arbitrage reste, en interne, la solution la plus évidente afin de penser une médiation avec les normes non étatiques. La limitation de son domaine aux rapports patrimoniaux et la garantie du respect de certaines exigences substantielles et procédurales en garantissant le recours aux juridictions étatiques, encadrent le recours à la figure contractuelle dans un ordre juridique qui ne reconnait pas l'existence d'autres communautés normatives, ou alors très exceptionnellement[2136]. On remarquera toutefois que même en interne, le postulat du libre-arbitre sous-entendu par les règles de l'arbitrage ne s'adapte qu'imparfaitement aux communautés socioculturelles, faisant naître des difficultés difficilement surmontables. Malgré la différence de régime[2137], on remarquera que les clauses de conciliation ou de médiation[2138], éventuellement religieuses, souffrent des mêmes difficultés relatives à leur fondement conventionnel[2139]. On pourrait alors préférer un aménagement

---

domaines où le pluralisme des normes venant résoudre le différend est accepté ou toléré par l'Etat français (soit le droit patrimonial).

2135 S. BRACHOTTE, « The Limits of Arbitration Law in Addressing Cultural Diversity : The Example of Ismaili Arbitration in the United Kingdom », *Laws*, 2021, 10 (n°2), p. 47, sur l'affaire *Jivraj v. Hashwani* ([2011] UKSC 40. V. déjà *supra* n°185.

2136 E. FOREY, *Etat et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, Préf. C. Courvoisier, Presses universitaires de Strasbourg, 2007.

2137 Au contraire de l'arbitrage, la conciliation peut permettre de régler des litiges portant sur des droits indisponibles chaque fois qu'il est permis de faire un contrat portant sur ces droits (par exemple le règlement des modalités d'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés sur des mineurs, puisque les parents peuvent en convenir librement (art. 373-2-7 du Code civil).

2138 Art. 1530 Code de procédure civile : « la médiation et la conciliation conventionnelles (...) s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 (...), de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

V. sur le sujet : S. MUSTASAARI, « Extra-judicial muslim divorce and family mediation in the nordic countries », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 285.

2139 Il en irait de même pour la clause de « conciliation positive » qui, à la différence de la conciliation judiciaire ou extra-judiciaire ordinaire, « *se distingue de la conciliation traditionnelle par l'existence d'un avis émis par le conciliateur et par le fait que cet avis peut devenir obligatoire. Elle se distingue de l'arbitrage par le fait que cet avis n'est pas une sentence. Mais elle lui ressemble en ce que les parties à la convention préalable à la conciliation conviennent d'adhérer à cet avis si elles ne saisissent pas un juge d'Etat […] dans un délai donné, transformant l'avis, non pas en sentence, mais en contrat* ». Il ne s'agirait ni d'un jugement, ni d'une sentence,

au sein même des institutions judiciaires, en prévoyant la mise en place de mécanismes spécifiques de médiation ou de conciliation, notamment en matière familiale[2140] et notamment à l'initiative du juge français (art. 21 du Code de procédure civile). Reste qu'une telle solution semble, en l'état du droit positif mais également au regard du mythe fondateur de l'Etat français (de l'unité de l'Etat et du droit)[2141], peu réaliste.

La reconnaissance des décisions de communautés socioculturelles au titre de sentences arbitrales ne saurait ainsi être, pour la résolution d'un litige international, une méthode satisfaisante. Il convient alors de se pencher sur la méthode de reconnaissance des situations fondée à la fois sur le facteur temps tout comme sur des éléments plus subjectifs.

b) L'utilité de la méthode de reconnaissance des situations en situation de pluralisme normatif

576. Comme le souligne P. Lagarde, « *le risque d'erreur, ou de représentation erronée, ou si l'on préfère le domaine de la croyance légitime, est plus grand en droit international qu'en droit interne. Le caractère international de la situation crée une incertitude sur l'Etat dont les tribunaux pourront être saisis et, par suite, sur le système de conflit de lois qui s'appliquera. Incertitude encore accrue si la situation s'est constituée longtemps avant d'être soumise au juge, et à une époque où les parties ne pouvaient guère prévoir que c'est ce juge qui serait saisi. Dans ces hypothèses l'application rigide de la règle de conflit peut tromper les prévisions légitimes des parties et provoquer ce que l'auteur [M.-N. Jobard-Bachellier] appelle une erreur de droit en droit international privé* »[2142].

Une telle remarque ne vaut que davantage au regard du pluralisme normatif que connaissent certaines régions du monde[2143]. Certaines situations peuvent se cristalliser au regard de normes ou d'actes non étatiques (célébration d'un mariage coutumier par exemple, que la communauté soit reconnue ou non). Le phénomène normatif pouvant être sensiblement différent à l'étranger, certaines situations personnelles et familiales peuvent se constituer dans l'ignorance complète du droit étatique étranger.

577. En l'absence de reconnaissance étatique, le comportement des parties conforme à un acte privé émanant d'une communauté socioculturelle est une hypothèse qui ne répond toutefois pas exactement à une erreur sur le droit applicable en vertu des règles de conflit de lois[2144] : il ne s'agit pas d'un « droit » ou d'un « ordre normatif » avec lequel il est possible de penser une coordination selon les méthodes de droit international privé.

578. Pourrait-on alors retenir l'existence d'une <u>exception d'ignorance du contenu du droit étatique étranger</u> ? Une telle exception ne pourrait signifier, *a contrario*, que les parties et/ou les tiers aient une croyance (« erronée ») en l'application d'un autre système de droit ou en l'application de normes dont le contenu serait différent de celui du droit positif. En effet, la situation se cristallise au regard d'actes non étatiques, ceux-ci ne peuvent être considérés comme des normes non

---

mais d'une « *proposition de contrat par acceptation tacite par les parties* » émise par une autorité religieuse en tant que conciliateur, et qui serait homologuée selon l'article 232 du Code civil (A. DEPONDT, « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *JCP*, 2015, p. 429).

2140 Sur l'introduction d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille : *ibid.*

2141 V. *supra* n°61 et s.

2142 P. LAGARDE, Préface de M.-N. Jobard-Bachellier, *L'apparence en droit international privé-Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1984, p. XVI.

2143 V. *supra* n°118 et s.

2144 M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *ibid.*, n°263 et s., p. 191 et s. V. l'arrêt *Lizardi* (Req., 16 janv. 1861, *GADIP* n°5) ainsi que l'institution allemande du « *Handeln unter falschem Recht* » (v. *supra* n°559).

étatiques, à défaut d'être émis par une communauté reconnue par un Etat. A ce titre, il ne s'agit pas de la version prônée par M.-N. Jobard-Bachellier dans sa thèse, qui suppose également qu'il soit possible de contrôler la validité de la situation au regard du système de droit au regard duquel les parties ont fondé leurs prévisions[2145]. Or nous avons vu qu'un tel examen ne pouvait être mis en œuvre de manière satisfaisante[2146].

579. Seule la méthode de reconnaissance des situations pourrait, dans un domaine résiduel, venir donner un effet juridique à certaines situations cristallisées au regard d'un acte d'une communauté socioculturelle non reconnue. Ces conditions sont à définir restrictivement et il convient ainsi de revendiquer cumulativement la réalisation des conditions suivantes :

- L'acte concret d'une autorité agissant au nom d'une communauté socioculturelle, non reconnue par un pouvoir étatique (v. l'exemple de la célébration d'un mariage coutumier au Congo[2147]). Cet acte doit répondre aux caractéristiques retenues pour la reconnaissance des décisions non étatiques, soit émaner d'une autorité identifiable. Sont inclus les actes venant régler un conflit comme ceux consacrant un certain statut personnel ou familial (adoption, mariage coutumiers). Ces actes émanant d'une communauté socioculturelle réunissant, hormis la reconnaissance étatique, les conditions dégagées dans ce travail. Notamment, la communauté socioculturelle possède un pouvoir de fait certain, une effectivité sociale, se traduisant par le comportement conforme des parties et une sanction sociale immédiate. Ces éléments viennent partiellement fonder la légitimité des prévisions des parties.

- L'écoulement du temps, venant garantir l'efficacité sociale de la norme[2148].

- La croyance des parties dans la validité de la situation (pouvant être rattachée à l'exigence de bonne foi). Celle-ci résulte nécessairement de l'existence d'un lien entre la situation et l'autorité agissante. Elle peut également résulter de la faiblesse de l'ordre étatique (hypothèse du « *failing state* »[2149]) permettant d'adopter le postulat de l'existence d'un pluralisme normatif de fait, même si aucune conséquence juridique de celui-ci n'est attestée par l'Etat étranger.
  On relèvera que souvent, l'existence d'un acte d'une communauté non étatique non reconnue, lorsque celui-ci ne souffre d'aucune remise en cause dans le temps, est un indicateur suffisant de la faiblesse du pouvoir étatique. Les deux éléments sont en effet interdépendants[2150].
  Outre-Rhin, un arrêt remarqué a pu s'intéresser à la qualification d'une « décision » d'un organe de la communauté rom, toutefois dans le contexte interne, ne faisant donc jouer les

[2145] V. *infra* n°586 sur cette condition.
[2146] Les réflexions quant à l'application de normes non étatiques valent également pour les communautés socioculturelles non reconnues. V. *supra* n°410 et s.
[2147] CA Paris, 20 décembre 2001, R.G. 1999/20447 (v. *infra* n°580).
[2148] V. *supra* n°564 et s.
[2149] V. *supra* n°165.
[2150] Sur le lien entre les communautés socioculturelles et les Etats, soit la nécessité d'envisager les interactions des différentes communautés avec leurs environnements, v. *supra* n°345.

méthodes de droit international privé. La « décision » du conseil rom, réuni sur le sol allemand et statuant sur la remise de la dot dans un cas de rupture des fiançailles, n'a pas été traitée sur le plan de l'arbitrage (interne) au motif que « *les parties ne pouvaient s'attendre à ce que la décision de l'instance rom ait les fonctions d'un jugement étatique* »[2151]. Une telle solution adopte curieusement une définition essentiellement subjective de l'arbitrage interne. En outre, elle précise ce qu'il faut entendre par l'équivalence des « fonctions » entre la « décision » de l'instance rom et le jugement étatique aux fins de qualification de sentence arbitrale : la référence non à des traditions relevant du domaine de la morale, mais à des règles de droit ; l'accès à la sanction étatique et notamment à l'exécution forcée[2152]. Or, dès lors qu'il est question de normes non étatiques (ou d'actes de communautés socioculturelles non reconnues), cette équivalence ne peut en aucun cas être retenue (et particulièrement la première condition)[2153]. A requérir l'existence d'une équivalence avec le jugement étatique, on peut de surcroit douter, à titre général, de la pertinence de cette recherche : existe-t-il réellement une équivalence entre l'arbitrage et la justice étatique ?[2154]

A s'interroger sur cette équivalence des fonctions, on ne voit en réalité aucune autre possibilité d'appréciation de celle-ci que la suivante : pour que l'acte de la communauté non étatique (ici rom) soit considéré comme doté d'une effectivité et d'une légitimité suffisante du point de vue des parties, il convient de prendre en compte l'environnement normatif de la communauté en question : en Allemagne, le conseil rom ne peut avoir pour les parties une fonction ou un rôle suffisamment effectif en raison de l'existence parallèle de juridictions étatiques[2155] marquées par leur effectivité et l'absence de mécanisme de gestion institutionnelle du pluralisme interne. Ainsi, dans un tel environnement normatif, une des parties peut avoir recours à la justice étatique, remettant en cause la situation obtenue devant le conseil rom et venant anéantir l'existence de prévisions légitimes des parties. Dans un autre environnement, marqué par la faiblesse du pouvoir étatique, il est alors possible

---

2151 Traduction libre de l'extrait suivant : « *da die Parteien die Vorstellung fehlte, dass die Entscheidung der Parotte die Funktion eines staatlichen Gerichtsurteils übernehmen solle* » (*Oberlandesgericht* de Cologne, 8 avril 1994, n°20 U 226/92, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report*, 1994, p. 1056, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1994, p. 1523). V. E. JAYME, *Zugehörigkeit und kulturelle Identität*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2012, spéc. p. 41.

2152 « Les juges du fond ont indiqué à juste titre que le "tribunal" saisi par les parties et composé uniquement de membres de leur groupe ethnique, la parotte, n'était pas un tribunal arbitral au sens des §§ 1025 et suivants du *Zivilprozessordnung* (ZPO). Une convention d'arbitrage au sens des §§ 1025 suppose que les parties contractantes conçoivent que la sentence arbitrale a entre elles la fonction d'un jugement étatique (§1040 ZPO) et qu'elle puisse être exécutée par la contrainte étatique dès qu'elle a été déclarée exécutoire. En l'espèce, les parties ont unanimement rapporté que la juridiction interne à la communauté rom repose uniquement sur leur conscience juridique spécifique et interne au groupe, déterminée par des traditions ancestrales, et qu'elle est totalement indépendante de la juridiction étatique du pays d'accueil, qu'elle ne saurait remplacer. En outre, les parties s'accordent à dire que les décisions de la parotte n'ont qu'un caractère moral obligatoire - même s'il est très fort - fondé sur les traditions du groupe. Contrairement à un contrat d'arbitrage au sens des §§ 1025 et suivants du ZPO, la procédure d'arbitrage interne au groupe Rom ne répond pas, pour les parties, à l'idée selon laquelle la décision de la Parotte peut et doit être exécutée sur ordre d'un tribunal étatique. Le fait que les parties aient d'abord fait appel à la Paotte pour régler leur litige ne permet donc pas de conclure à l'existence d'un contrat d'arbitrage entre elles » (*Oberlandesgericht* Cologne, 8 avril 1994, v. *supra* n°570 ; traduction libre, nous soulignons).

2153 V. *supra* n°420 et s.

2154 V. *supra* n°100 et sur les différentes sources de légitimité.

2155 V. ce passage de la décision, déjà cité : « les parties ont unanimement déclaré que le pouvoir de la juridiction interne à la communauté rom repose uniquement sur leur conscience juridique spécifique et interne au groupe, déterminée par des traditions ancestrales, et qu'elle est totalement indépendante de la juridiction étatique du pays d'accueil, qu'elle ne saurait remplacer » (nous soulignons).

de soutenir que l'autorité possède, aux yeux des parties, des « fonctions » identiques[2156] à une autorité étatique, et ce précisément en raison de l'efficacité de la communauté socioculturelle.

Ainsi, la croyance des parties en la validité de leur situation s'apprécie nécessairement au regard du contexte normatif dans lequel la communauté non étatique évolue.

580. Ces conditions objectives et subjective réunies, les prévisions des parties et des tiers apparaissent comme suffisamment légitimes, dans un paradigme pluraliste au sens le plus large, pour justifier la reconnaissance de la situation cristallisée.

Prenons l'exemple de la décision de la cour d'appel de Paris du 20 décembre 2001[2157] dont les faits ont précédemment été exposés[2158]. Le mariage selon un rite coutumier célébré au Congo Brazzaville mais non reconnu par l'Etat congolais serait susceptible d'être reconnu si la communauté en question est susceptible d'être qualifiée de communauté socioculturelle (ce qui suppose la consultation d'un spécialiste[2159]), l'absence de remise en cause dans le temps et le fait que les parties croient de bonne foi en l'existence et de la validité de ce mariage. En l'espèce, la réfugiée agissait en contestation de l'existence de ce mariage. La méthode de reconnaissance des situations ne saurait être mise en œuvre contre l'intérêt des parties, puisqu'il n'existe aucun ordre normatif suffisamment effectif et légitime dont l'autorité doit être respectée. A ce titre, et comme il a déjà été maintes fois en lumière, la méthode est une méthode favorable aux intérêts des parties.

En réalité, il s'agit d'une extension de la reconnaissance fondée sur l'apparence. Elle est fondée, comme le souligne Ch. Pamboukis, « *essentiellement* » sur « *l'association du temps* » et de « *la production des effets dans un ordre juridique donné* »[2160]. Il s'agit ici d'ajouter à la production des effets dans un ordre juridique donné (hypothèse de la décision *Schwebel*) la production d'effets dans une communauté socioculturelle non reconnue.

581. En conclusion, la méthode de reconnaissance des situations peut permettre la prise en compte indirecte de normes émanant de communautés socioculturelles non reconnues. Un tel mécanisme reste exceptionnel, vient s'ajouter aux autres constellations de mise en œuvre de cette méthode déjà relevés, et sa mise en œuvre nécessite la réunion cumulative de conditions strictement entendues, dont l'examen pourra se révéler délicat (existence d'une communauté socioculturelle en raison de l'office du juge, exigence de bonne foi).

B- L'écoulement du temps comme marqueur de l'existence d'une norme non étatique dans un ordre non étatique reconnu

582. Au sein de la communauté socioculturelle, l'écoulement du temps peut revêtir une qualité particulière. En effet, il peut être l'unique marqueur de l'existence d'une norme non étatique dans le cas particulier où le phénomène d'autorité est particulièrement diffus. Dans ces cas précis, saisir

---

2156 Du point de vue des parties : cette précision est importante puisque cette équivalence des fonctions est objectivement fondamentalement inexistante en droit de la famille. V. *supra* n°474 et s.

2157 CA Paris, 20 décembre 2001, R.G. 1999/20447. Décision citée par N. JOUBERT, E. GALLANT, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la méditerranée », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille*, *op. cit.*, p. 307, spéc. p. 311 et s.

2158 Ch. PAMBOUKIS, « La reconnaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *op. cit.*, spéc. n°62.

2159 V. *supra* n°404, 414.

2160 Ch. PAMBOUKIS, *op. et loc. cit.*

la situation et non la norme socioculturelle en tant que telle peut être la seule solution permettant une coordination avec l'ordre non étatique.

S. Roberts a mis en lumière l'ethnocentrisme de nombreuses questions ou modes de raisonnement employés par les juristes européens, notamment à propos du mariage. Il note ainsi que,

« *[l]es juristes, en particulier, sont revenus à plusieurs reprises sur des questions telles que : "A quel moment le mariage est-il considéré comme formé dans la société X ?", "Quelles sont les procédures cérémonielles essentielles à sa formation ?" Pourtant, de plus en plus de données indiquent que ces questions sont inappropriées. Tout d'abord, dans de nombreuses sociétés africaines, le "mariage" ne naît pas à une occasion clairement définie, mais se forme lentement au fil du temps [...]. Cette caractéristique en elle-même rend la formation du mariage dans ces sociétés difficile à analyser selon les catégories occidentales. Deuxièmement, [...] la formation du mariage n'est pas nécessairement liée à une procédure cérémonielle et peut avoir lieu en l'absence de formalités, en dépit du fait que les informateurs sur le terrain peuvent déclarer la formation du mariage liée à une cérémonie donnée […]. On a également tendance à négliger le fait que la distinction entre le "mariage" et des formes de couple moins approuvées, fortement ancrée dans notre propre système, n'a pas besoin d'être reproduite ailleurs [...]. Même lorsqu'une telle distinction est importante, il peut y avoir un continuum allant du plus approuvé au moins approuvé, avec une zone très floue entre ces deux extrêmes* »[2161].

Ainsi, il n'est pas rare que les Etats prévoient une reconnaissance des mariages coutumiers, soit l'octroi d'effets civils, en y adjoignant un contrôle du respect des conditions civiles de validité (en l'absence de contrôle possible de la validité du mariage coutumier ou religieux). Tel est le cas par exemple du droit mozambique, qui prévoit à l'article 16 al. 1 de la loi de 2004 portant réforme du droit de la famille que le mariage peut être civil, religieux ou traditionnel[2162]. D'autres mécanismes étatiques plus indirects existent également afin d'accorder effectivité juridique à des mariages coutumiers et de permettre une certaine coordination avec des ordres non étatiques : l'établissement de certificats (Nigéria[2163]), la simple déclaration de l'existence du mariage devant l'officier de l'état civil (Turquie[2164]).

583. Eriger l'écoulement du temps comme condition unique de validité de la situation et de conformité à la norme non étatique s'explique en raison du caractère diffus du phénomène d'autorité politique adjoint à de la densité du contrôle social[2165]. Le rôle joué par ce facteur se justifie donc uniquement au regard de la communauté socioculturelle reconnue. La norme non étatique étant impossible à saisir, il convient de se pencher sur la situation concrète, qui peut techniquement être reconnue (union, désunion, adoption principalement). La question du point de départ à partir duquel l'apprécier, notamment en l'absence d'acte ou de cérémonie permettant un ancrage

---

2161 S. ROBERTS, *Law and the Family in Africa*, Leiden, Mouton Publishers, 1977, spéc. p. 7 et s. (traduction libre).

2162 « O casamento é civil, religioso ou tradictional ». L'alinéa 2 dispose : « Ao casamento monogamico, religioso e tradicional é reconhecido valor e eficacia igual à do casamento civil, quando trenham side observados os requisitos que a lei estabelece para o casamento civil » (loi n°10/2004 du 25 aout 2004). V. sur le sujet : E. JAYME, « Die Reform des Familienrechts in Mosambik », *Das Standesamt*, 2006, n°2, p. 43, spéc. p. 45.

2163 *Oberlandesgericht* Munich, 22 décembre 1992, n°4 UF 218/92, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report* 1993, p. 1350.

2164 *Oberlandesgericht* Zweibrücken, 13 février 1997, n°IV R 15/96, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report* 1997, 1227. V. déjà *supra* n°144 en note de bas de page.

2165 V. déjà *supra* n°562 et s.

temporel certain, est toutefois difficile à résoudre et ne pourra dépendre que d'une appréciation concrète au regard du litige particulier.

584. En conclusion, le facteur temps peut jouer un rôle particulier lorsqu'est pensée la coordination avec les ordres non étatiques. En tant que critère objectif, il vient pallier l'absence de l'intervention perceptible d'une autorité non étatique d'un point de vue étranger (nécessitant une certaine verticalité du pouvoir, ou d'un cérémoniel). La situation perdurant dans le temps, dans l'ordre non étatique, est soumise à une sanction sociale immédiate. A ce titre, sa validité au regard de l'ordre non étatique peut et doit être retenue. Dans l'impossibilité de saisir la norme non étatique, la méthode de reconnaissance des situations parait satisfaisante.

L'écoulement du temps comme critère objectif venant attester de la validité de la situation au sein d'une communauté socioculturelle ne peut pallier son absence de reconnaissance étatique. Certes, la continuité de la situation dans le temps témoigne d'une certaine effectivité sociale de la situation. Toutefois, cette effectivité ne saurait être suffisante au regard des exigences de légitimité et d'effectivité posées au début de ce travail. La méthode de reconnaissance des situations, comprise en accord avec l'acception de celle-ci majoritairement retenue, soit comme essentiellement subjective, pourrait être un mécanisme exceptionnel nécessaire. Une fois adopté un point de vue moins ethnocentré du concept de norme ainsi que rappelé la relevance de la norme non étatique, son absence de prise en compte dans le contexte international ne semble pas justifiée. La reconnaissance des situations, dont l'application est exceptionnelle, permet une coordination avec certains « actes » non étatiques, dans un souci de faveur à la validité de la situation. La méthode suppose alors, en plus de l'acte concret d'une autorité agissant au nom d'une communauté socioculturelle non reconnue (règlement du conflit, célébration du mariage…), l'absence de remise en cause de la situation dans le temps (comportement conforme à celle-ci, absence de décision étatique étrangère) ainsi que la croyance des parties dans la validité de celle-ci. Cette hypothèse permet de retenir la relevance d'une communauté non reconnue, dans des hypothèses où le pluralisme est certes effectivement caractérisé à l'étranger, mais en l'absence de reconnaissance juridique de la communauté (hypothèse du « *failing state* »). Il s'agit ainsi de retenir une nouvelle hypothèse de mise en œuvre de la méthode de reconnaissance des situations.

II- Les autres conditions du déclenchement de la méthode de reconnaissance des situations

585. Lorsque la méthode de reconnaissance des situations est fondée sur une cristallisation par l'absence de remise en cause dans le temps d'une situation ayant un lien caractérisé avec un ordre non étatique, les conditions de mise en œuvre de la méthode sont à préciser, notamment au regard de la difficulté déjà évoquée de détermination et d'application de la norme non étatique.

Les points de contrôle de la méthode de reconnaissance des situations ne sont pas précisément déterminés. Le contrôle de validité de la situation selon les normes au regard desquelles elle s'est

cristallisée peut difficilement être mené lorsque sont en cause des normes non étatiques[2166] ; il convient alors d'exiger l'absence de remise en cause de la situation dans le temps, couplé avec l'existence d'un lien entre la situation et la communauté socioculturelle au sens de l'arrêt *Simitch* (A). Par ailleurs, l'exception d'ordre public international pourrait s'opposer à la reconnaissance de la situation. Au contraire du conflit de lois, il s'agit ici, classiquement lorsqu'il est question de reconnaissance, d'adopter la figure de l'ordre public atténué[2167] (B). L'exception de fraude ne sera pas particulièrement développée, car elle ne fait preuve d'aucune particularité[2168].

A- L'absence de contrôle de la validité de la situation selon la loi au regard de laquelle elle s'est cristallisée

586. L'exigence de conformité de la situation au règlement du conflit de lois du for[2169] ne peut être soutenue, car une telle condition viendrait limiter, voire remettre en cause, l'intérêt de la méthode, dont la prétention est précisément de constituer une alternative au conflit de lois. Le contrôle de validité de la situation au regard de la loi de la cristallisation est quant à lui une condition de la méthode de reconnaissance des situations majoritairement requise[2170]. Cette condition marque l'ancrage de la méthode dans le domaine du conflit de lois ; ne pas l'exiger reviendrait à assimiler la situation au jugement étranger et à un contentieux entièrement « *objectif* »[2171].

2166 V. *supra* n°410 et s.

2167 Civ., 17 avr. 1953, *Rivière* : « La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français » (*GADIP*, n°26). Selon S. BOLLEE, « *les considérations qui fondent l'utilisation de l'un et l'autre des mécanismes sont fondamentalement les mêmes : il s'agit de ne pas remettre en cause des situations constituées sur la foi du point de vue normatif d'un ordre juridique étranger auquel les intéressés se sont légitimement référés* » (« L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », *RCDIP*, 2007, p. 307, spéc. n°29, p. 343).

2168 V. les développements de S. FULLI-LEMAIRE (*Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2022, n°319 et s., p. 226 et s.) sur le lien entre condition de proximité et fraude, auxquelles nous adhérons. V. aussi : S. BOLLEE, *op. cit.*, spéc. n°26, p. 338 et s.

2169 V. sur la question : S. BOLLEE, *op. cit.*, spéc. n°30 et s., p. 344 et s. Cette condition recouvre plusieurs options : respect des lois de police, des règles impératives de la loi objectivement désignée par la règle de conflit de loi du for (sur cette dernière option : P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, spéc. p. 571).

2170 « *[L]e principal test est, au fond, le même que pour les décisions : que doit-il se passer lorsqu'une situation – par ailleurs susceptible d'être reconnue (c'est-à-dire conforme aux éventuelles autres conditions de reconnaissance, en particulier l'ordre public international) – est ensuite invalidée dans son ordre juridique d'origine ?* » (B. HAFTEL, « Méthode de la reconnaissance et contrôle de la validité initiale des situations créées à l'étranger », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexisnexis, 2019, p. 195, spéc. n°181, p. 197). Si l'auteur relève que ce contrôle de validité doit être en principe maintenu, une exception serait à retenir lorsque la reconnaissance « *découle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* », au motif que dans ces hypothèses, « *la régularité initiale de la situation, d'après l'ordre juridique d'origine, apparaît tout à fait secondaire. Au mieux, il pourrait s'agir d'un des éléments de cristallisation des attentes des parties* » ; « *ce n'est pas vraiment la situation juridique étrangère qui est reconnue, mais une situation de fait plus ou moins stabilisée par l'intervention d'un organe juridique étranger* » (spéc. n°181, p. 198). Nous n'adoptons pas ce point de vue, en raison de l'importance pour l'identité individuelle du point de vue de la communauté socioculturelle (v. *supra* n°252 et s.). Le point de vue de l'ordre étranger vient fonder la légitimité-même de la reconnaissance et doit par principe être considéré. Dans notre hypothèse, la validité « initiale » de la situation ne peut être vérifiée et c'est à ce titre, et sous respect des autres conditions dégagées, qu'il est possible de se passer de ce contrôle.

2171 L'arrêt *Cornelissen*, *« en supprimant le contrôle de la loi appliquée »*, achève « *de faire basculer le contentieux de la régularité dans le champ du contentieux objectif* », (n°32) par opposition au contentieux subjectif qui est celui « *de la détermination des droits et charges respectifs des parties* » (n°38) (B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois – Chronique d'une séparation », *in* B. Ancel *et al.*, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 135, spéc. n°32 et s., p. 157 et s). Toutefois, comme le précisent les auteurs (n°38), le contentieux objectif n'exclut pas la référence à la règle de conflit de lois (mais la mise en œuvre de celle-ci).

L'absence de contrôle de la situation au regard de la loi de cristallisation n'est peut-être pas entièrement impensable. D'un point de vue théorique, l'absence de contrôle se justifie lorsqu'est remise en cause la spécificité du jugement étranger sur le plan des méthodes[2172]. Les justifications du traitement libéral dont fait l'objet le jugement étranger ont pu être évoqués (garanties procédurales, légitimité et effectivité de la décision de l'autorité investie d'une mission de règlement des conflits par la communauté, légitimité des prévisions des parties, harmonie internationale des solutions)[2173]. Un autre argument connu[2174] peut être utilement rappelé : traiter la situation comme une décision étrangère revient à conférer à la première une efficacité qu'elle ne possède pas dans l'ordre étranger. Ainsi, alors que la validité du mariage peut continuer à être contestée dans l'ordre étranger, le mariage reconnu dans l'ordre juridique du for ne peut être annulé ; seule la contrariété à l'ordre public international peut être arguée, menant au défaut de reconnaissance de la situation.

587. Toutefois, dans l'hypothèse spécifique qui nous occupe, de tels arguments peuvent être contestés :

- Au dernier argument rappelé, selon lequel il est attribué à la situation des effets plus drastiques qu'à l'étranger, on relèvera qu'un traitement sur le plan de la reconnaissance oblige alors les parties à contester la validité de la situation dans l'ordre normatif de constitution de celle-ci. Si une telle solution n'est pas entièrement satisfaisante au regard des difficultés pratiques de retour dans la communauté socioculturelle de cristallisation de la situation, il reste qu'une telle solution est en adéquation avec l'exception d'incompétence que nous avons prônée sur le terrain du conflit de lois. Tout comme l'exception d'incompétence, cette solution est guidée par la directive du respect de l'ordre normatif étranger (ici non étatique).

- Quant à l'existence de garanties procédurales lorsqu'il est question d'un jugement étranger (tribunal indépendant et impartial, respect des droits de la défense), on remarquera que ces attributs relèvent de l'ordre du postulat[2175] et que les considérations liées à l'effectivité du jugement, norme concrète et catégorique, sont tout aussi, voire davantage, pertinentes. Si celles-ci importent davantage, on remarquera que le comportement conforme des parties et des tiers dans le temps est un marqueur d'effectivité de la norme, à condition que celle-ci soit cristallisée au regard de normes non étatiques.

[2172] S. BOLLEE, *op. cit.*, spéc. n°4, p. 312 et s., n°12 et s., p. 322 et s. ; F. JAULT-SESEKE, « Mariages et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », *in Le droit entre tradition et modernité – Mélanges offerts à Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 311, spéc. n°14, p. 316 et s. : « *de longue date, la doctrine s'étonne de la diversité des méthodes retenues pour apprécier la validité d'un acte public ou quasi public et pour donner effet aux décisions judiciaires. Il est difficile, par exemple, de comprendre pourquoi on raisonne différemment pour apprécier l'efficacité d'un mariage que celle d'un divorce* ». Se prononçant en faveur d'une distinction entre les deux hypothèses, E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *op. cit.*, spéc. p. 80 : « *[e]n toute hypothèse, la reconnaissance ne peut de toute façon se faire que dans la limite de l'autorité qui est reconnue à la situation par l'ordre juridique d'origine. […] La différence entre situations et décisions demeure, mais elle semble résulter beaucoup plus des qualités techniques intrinsèques attachées aux jugements ; en d'autres termes, elle paraît être de degré et non de nature* ».

[2173] P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance … », *op. cit.* spéc. n°8, p. 351.

[2174] V. par exemple : S. FULLI-LEMAIRE, *op. cit.*, spéc. n°387 et s., p. 269 et s.

[2175] Par ailleurs très ethnocentré. Il pourrait être tout aussi légitime de considérer que la proximité du tiers intervenant avec les parties est une condition de « bonne justice ».

- Enfin, la méthode de reconnaissance des jugements a déjà été, dans ce travail, jugée applicable à des décisions ne revêtant pas les traits d'un jugement, faisant douter de la pertinence des arguments intrinsèquement liés au caractère judiciaire de la norme.

588. Cependant, des solutions intermédiaires entre le contrôle au regard des normes de l'ordre non étatique et son absence pourraient être retenues. Deux options se présentent : le contrôle au regard de certaines normes (impératives, lois de police) de l'Etat désigné par la règle de conflit de lois ou celui au regard de ces mêmes normes, cette fois-ci de l'Etat de « reconnaissance » de l'ordre non étatique. La pertinence de ces contrôles sera envisagée au regard de l'hypothèse suivante : la revendication de l'existence d'un mariage coutumier par possession d'état (absence d'intervention d'une autorité non étatique identifiable), communauté qui se trouve sur le territoire de deux Etats, les « époux » ayant la nationalité de l'Etat A et vivant sur le territoire de l'Etat B. Seul l'Etat B « reconnait » la communauté ethnique à laquelle les époux appartiennent.

589. Un contrôle au regard des normes de l'Etat qui aurait été désigné par la règle de conflit de lois bilatérale se fonde sur l'idée que le point de vue de celui-ci est abstraitement jugé le plus adéquat pour apprécier la situation. Cependant, une fois la cristallisation de la situation admise, il semble peu pertinent de prendre en compte le point de vue de l'ordre juridique qui aurait été abstraitement désigné (puisqu'il n'est plus question de détermination de l'ordre normatif adéquat). Une telle solution risquerait par ailleurs de venir invalider la situation : à prendre notre exemple, la validité au fond du mariage serait appréciée au regard de l'Etat de la nationalité des époux, soit l'Etat A, qui n'organise aucune coordination avec la communauté socioculturelle en question. A ne retenir comme exigence que le respect de ses lois de police, il conviendrait de déterminer si l'absence de reconnaissance de mariages coutumiers de cette communauté peut être considéré comme une loi de police. L'appréciation n'est pas aisée, mais on peut imaginer qu'en raison de l'importance du domaine familial comme expression du pouvoir de la communauté, y compris étatique[2176], une telle qualification puisse vraisemblablement être retenue et généralisée, empêchant toute coordination avec les ordres non étatiques.

590. Un contrôle au regard des normes de l'Etat reconnaissant à titre général la communauté en question a pour but de garantir la circulation du statut dans un Etat (Etat B).

Un contrôle au regard de l'ordre public international de cet Etat n'apparait toutefois pas satisfaisant : puisqu'il est question de circulation du statut, on remarquera que les conditions pensées pour le contrôle international et un contrôle, si ce n'est « interne », au moins avec un ordre plus « proche » peuvent varier, et que le premier n'est en outre pas nécessairement plus strict. En effet, à observer la gestion du pluralisme dans l'ordre juridique français avec les droits coutumiers de Nouvelle-Calédonie, le jeu de l'ordre public est parfois plus souple que celui de l'ordre public international[2177] (de manière plus générale, le mécanisme de l'ordre public ne parait pas adapté dans

[2176] V. *supra* n°238 et s.

[2177] Civ 1, 1er déc. 2010, n°08-20843 (*RCDIP* 2011.610, note V. PARISOT ; *JDI* 2011, p. 589, S. SANA-CHAILLE DE NERE). Dans cet arrêt, l'application de la coutume échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public : la coutume serait plus souplement accueillie que la loi étrangère. Pour une application de l'ordre public qu'on pourrait rapprocher de l'exception d'ordre public international français du droit international privé : CA Nouméa, 29 juillet 2004, RG 03/292 en matière de succession: « attendu qu'il est constant que les règles successorales

la mesure où il ne permet pas le compromis, est un outil définitif, tranchant) et l'ordre public de droit coutumier peut être invoqué pour écarter le droit commun[2178]. La logique d'accommodement, de compromis[2179], promeut la création de solutions particulières, adaptées, et éventuellement distinctes de celles pensées pour les relations privées internationales.

Un contrôle au regard des normes impératives de l'Etat B, pensées cette fois-ci précisément pour les rapports internes, permet de s'assurer hypothétiquement de la circulation du statut dans l'Etat de reconnaissance de la communauté. La question est celle du degré d'impérativité pertinent : convient-il de ne retenir, de manière restrictive, les lois de police de l'Etat B, c'est-à-dire les « *règles impératives qui, en raison de leur rôle dans l'organisation politique, sociale ou économique du pays, sont rendues applicables même si elles n'appartiennent pas à l'ordre juridique normalement compétent* »[2180] ? Ou doit-on plus largement vérifier la conformité de la situation aux normes impératives de droit interne de cet Etat ?

591. Tout dépend en réalité de la compréhension de la nature du lien entre l'ordre non étatique et l'ordre étatique reconnaissant à titre général la communauté non étatique. Nous avons vu que l'autonomie des deux ordres n'était pas parfaite au stade de la définition de la communauté non étatique : cette dernière doit faire l'objet d'une reconnaissance, au sens large, par un Etat étranger. Cette dépendance est mue par l'objectif de circulation des normes de la communauté non étatique, permettant d'octroyer à l'ordre non étatique une légitimité et une effectivité suffisante. Sur le terrain du régime de la norme non étatique, le contrôle au regard des normes impératives internes de l'Etat de reconnaissance permet de s'assurer de la circulation de la situation concrète dans cet Etat. Ce contrôle est-il nécessaire, notamment du point de vue de l'Etat tiers saisi (et de l'internationalité de la situation) ? Il est possible d'arguer que l'ordre non étatique satisfaisant aux conditions énoncées possède une légitimité et une effectivité suffisante, et que la reconnaissance étatique ne joue un rôle qu'au stade de la définition : peu importe que la situation concrète ne provoque pas d'effets dans l'ordre étatique étranger, sa production d'effets sociaux suffit en elle-même à sa relevance. Un autre argument, plus opportuniste, conduit à écarter définitivement la conformité aux normes impératives étrangères : ce contrôle apparait trop exigeant, notamment au regard de la diversité des

concernant les citoyens de statut coutumier sont régies par leur coutume; Que Mme X ne saurait donc opposer un principe de droit commun d'égalité mais est soumise aux règles découlant de son statut dès lors qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public ». V. pour une étude approfondie de la jurisprudence relative à l'ordre public : V. PARISOT, S. SANA-CHAILLE DE NERE, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 409, spéc. p. 414.

[2178] CA Nouméa, 9 juillet 2009, RG 08/66 sur le caractère d'ordre public coutumier de certains aspects de la coutume wallisienne, et notamment la nature religieuse du mariage, CA Nouméa, ch cout., 30 oct. 2014, RG 13/225 sur la nécessité d'une décision des clans sur les demandes de dissolution des liens conjugaux.

[2179] J.-Y. CARLIER parle ainsi d'« *accommodement réciproque* » (« De l'ordre public à l'accommodement réciproque, Propos cousus sur l'Islam, les femmes et le droit international privé », *in La diversité dans le droit, Mélanges offerts à Kalthoum Meziou-Dourai*, La Manouba, Centre de Publication Universitaire, 2013, p. 207).

[2180] P. MAYER, « Lois de police », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1999, spéc. n°2, se fondant partiellement sur la définition de Francescakis : « *lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* » (« Conflit de lois », *Répertoire de droit international,* Dalloz, 1ère éd.).

techniques normatives permettant la circulation du statut non étatique (v. les lois d'amnistie en Turquie[2181] ; l'éventuelle absence de normes impératives dans le domaine considéré[2182]).

Le contrôle au regard des lois de police étrangères est délicat : il est difficile de déterminer l'existence de lois de police étrangères et d'identifier leur domaine d'application au regard de l'objectif poursuivi[2183] ; de la sorte, il n'apparait pas raisonnable d'imposer au for une recherche systématique des lois de police de l'Etat de reconnaissance lorsqu'aucune partie n'en invoque l'applicabilité[2184]. Prenons l'exemple de l'interdiction selon l'Etat B du mariage avec un mineur[2185]. Doit-on considérer qu'il s'agit d'une loi de police ? A prendre l'exemple de l'Indonésie, doit-on considérer que l'engagement de l'Etat indonésien à se conformer aux standards internationaux en édictant en conformité avec ces derniers un âge nuptial[2186], puisse être qualifié de lois de police, bien que la pratique du mariage avec un mineur est et reste en pratique fortement répandue[2187] ? En réalité, dans ce cas précis, il est difficile de retenir l'existence d'une loi de police indonésienne,

---

2181 V. *supra* n°144.

2182 V. le cas spécifique du Liban, qui ne possède aucun code du statut personnel unifié pour tous ses nationaux (F. OBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008, p. 161 et s.).

2183 V. la prudence de la jurisprudence dans la qualification de loi de police étrangère (D. BUREAU, « Les lois de police étrangères entre ombres et lumières », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 709, spéc. p. 716).

2184 *Ibid*., spéc. n°52 et s.

2185 En droit international public, le mariage avec un mineur est assimilé du mariage forcé et est ainsi majoritairement compris comme une pratique contre laquelle il convient de lutter. On remarquera que les textes internationaux œuvrent en faveur de l'adoption de la fixation d'une majorité nuptiale (Art. 2 de la Convention de New York sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages du 10 décembre 1962 ; art. 16.2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979), et que certains textes non obligatoires proposent une majorité à 15 ans (Recommandation 2018(XX) du 1er novembre 1965 de l'Assemblée générale de l'ONU sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages (Principe II : Les Etats membres prendront les mesures législatives nécessaires pour spécifier un âge minimum pour le mariage, lequel ne pourra en aucun cas inférieur à quinze ans ; ne pourront contracter légalement mariage les personnes qui n'auront pas atteint cet âge à moins d'une dispense d'âge accordée par l'autorité compétente pour des motifs graves et dans l'intérêt des futurs époux) ou à 18 ans (Point 14.2.1 de la résolution 1468 (2005) de l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe relative aux mariages forcés et mariages d'enfants ; Art. 16.2 des Recommandations générales Nr. 21 adoptées par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de l'ONU de 1994).
La question est toutefois plus délicate lorsqu'il est question de la reconnaissance des mariages avec un mineur. Le droit international public ne prône ni la reconnaissance systématique de ces mariages ni l'interdiction systématique de la reconnaissance (plutôt pour la non-reconnaissance : art. 14.2.4 de la résolution 1468 (2005) de l'Assemblée générale du Conseil de l'Europe relative aux mariages forcés et mariages d'enfants). Une appréciation *in concreto* de la reconnaissance pourrait s'effectuer au regard des articles 8 et 12 de la Conv. EDH.

2186 La loi sur le mariage de 1974, dans son article 7 (1), prévoit un âge nuptial de 16 ans pour les femmes et de 19 ans pour les hommes. En pratique, selon H. HORII, le tribunal peut autoriser un mariage entre individus plus jeunes. L'article 7 (2) permet aux parents d'enfants qui ne rempliraient pas les conditions du premier paragraphe de demander une dispense au tribunal, sans autre condition, accordant ainsi une grande marge de manœuvre au juge (H. HORII, *Child Marriage as a Choice : rethinking agency in international human rights*, thèse, Leiden University, 2020, p. 63).
En 2014, la Cour constitutionnelle indonésienne a rejeté la proposition d'élever cet âge à 18 ans, formulée par différentes organisations défendant les intérêts des femmes et de la jeunesse.

2187 Notamment parce qu'il propose une solution à un ensemble de problématiques sociales diverses : « *[b]oth at the national and local levels, the process of law-making and implementation is the outcome of continuous struggles with diverse norms on marriage, family, and adolescent sexuality, in a rapidly modernizing Indonesian society. At another level, individuals also deal with the increasingly diverse normative frameworks, stemming from their various social relationships […]. In the analysis of individual cases of children who marry under the age of 18 in Bali, I explored the social and societal contexts in which they decide to marry. The findings showed that while international human rights institutions consider child marriage a problem and tend to view those who practice it as 'traditional' (i.e., insufficiently modern), for these young people 'child marriage' is actually a solution to navigating the modern world* » (H. HORII, *op. cit.*, p. 137 ; v. également l'ensemble des explications proposées par l'auteur justifiant l'actualité des mariages avec des adolescents et enfants).

à défaut d'impérativité suffisante : la méthode de reconnaissance se fonde sur l'effectivité du statut, non nécessairement confirmée par l'intervention d'une autorité étatique ; par ailleurs, l'ordre non étatique est entendu de manière particulièrement restrictive. La loi de police étatique étrangère doit être suffisamment effective pour que son absence de prise en compte soit foncièrement insatisfaisante[2188]. Or le comportement conforme des parties dans le temps à la norme non étatique s'oppose à une telle effectivité. Il est donc inconcevable de se retrouver dans le cas où la norme non étatique est relevante pour les besoins de la méthode de reconnaissance de situations et une loi de police étatique étrangère est suffisamment effective pour avoir prétention à s'appliquer.

B- Ordre public atténué et contrôle de proportionnalité

592. Lorsqu'il est question de confrontation de la situation à des valeurs afin d'assurer leur respect, il s'agit nécessairement de celles du for. Ce contrôle est celui de l'ordre public international français et est atténué lorsqu'il est question de reconnaissance : l'ordre public atténué est une « *orientation […] presque consubstantielle à la méthode de la reconnaissance* »[2189] et est la figure de l'ordre public à privilégier lorsqu'il est question de reconnaissance de situations cristallisées au regard d'ordres non étatiques. Elle est fondée sur une variation temporelle de l'ordre public international en raison de « *l'extranéité passée* »[2190].

593. Certaines crispations, déjà évoquées et communes aux normes religieuses étatiques ou non étatiques[2191], ainsi que propres aux communautés socioculturelles[2192], risquent de surgir, notamment sur le terrain de l'égalité homme/femme, mais aussi au regard de certaines normes ou pratiques pouvant être jugées choquantes (mariage forcé).

Prenons l'exemple du mariage avec un enfant non pubère (parfois assimilé, à tort, au mariage forcé[2193]). La solution est celle de la souplesse : sur le plan conventionnel, la Convention de La Haye de 1978 prévoit dans son article 11 que le respect de l'âge minimum requis pour se marier d'après la *lex fori* peut être un motif de non-reconnaissance du mariage. L'ordre public international français n'a pas vocation à écarter l'application de toute norme étrangère prévoyant le mariage avec un enfant non pubère : tout dépendra de l'âge de l'enfant et plus précisément de l'atteinte de la puberté

2188 Com. 16 mars 2010, n°08-21.511 (*D.* 2010. Actu. 824 ; *RTD Com.* 2010, p. 457, note P. DELEBECQUE). P. KINSCH, *Le fait du Prince étranger*, LGDJ, 1994, spéc. n°163 et s., p. 196 et s. (il s'agit d'une condition « *nécessaire et suffisante* » (n°186, p. 229) ; l'auteur refuse une condition supplémentaire de légitimité fondée sur le respect du droit étranger, de l'ordre public du for ou encore sur le respect du droit international public).

2189 S. BOLLEE, « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *in* P. Lagarde, *La reconnaissance des situations en droit international privé*, *op. cit.*, p. 113, spéc. p. 115.

2190 « *L'idée qui préside à cette théorie est que, lorsqu'elles reçoivent un livre dont les premiers chapitres ont déjà été écrits ailleurs et à une autre époque d'une façon qui, là-bas et à cette époque-là, était régulière et effective, les autorités du for, requises d'écrire le chapitre suivant du même livre, doivent résister, plus longtemps que si elles avaient dû écrire le livre elles-mêmes de la première à la dernière page, à la tentation de refuser de donner effet à une loi étrangère différente de la leur* » (D. BODEN, « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* (Civ. 1, 27 sept. 2017, n°16-19.654) », *RCDIP*, 2018, p. 882, spéc. n°13). On laissera de côté la question de l'*Inlandsbeziehung*, soit une variation de l'ordre public en fonction du lien actuel entre le for et la situation. Sur le sujet, v. l'article précité de D. Boden.

2191 V. par exemple *supra* n°441 et s. sur le terrain du conflit de lois.

2192 V. *supra* n°251 et s.

2193 V. sur le sujet : N. YASSARI, R. MICHAELS (éd.), *Die Frühehe im Recht – Praxis, Rechtsvergleich, Kollisionsrecht, höherrangiges Recht* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 135), Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

naturelle[2194]. La solution est donc celle de la souplesse, y compris sur le plan du conflit de lois[2195]. Il en irait différemment si l'âge nuptial français était considéré comme une loi de police, venant écarter le raisonnement conflictuel. Tel n'est cependant pas le cas.

594. Doit-on intégrer le contrôle de l'ordre public international à un contrôle plus large du respect des droits fondamentaux[2196] ? Il s'agit d'un agrandissement du contrôle traditionnellement effectué[2197] : en effet, les droits fondamentaux, considérés à titre général, ne sont pas suffisamment précis pour véhiculer des valeurs essentielles au regard desquelles il serait possible de confronter l'application de la norme étrangère[2198]. Eux-mêmes nécessitent d'être concrétisés à l'aide du contrôle de proportionnalité. Il s'agit ainsi d'un véritable changement méthodologique[2199].

Un tel contrôle n'est pas impensable[2200]. Il nécessite de concevoir la reconnaissance de la situation comme une restriction à l'exercice d'un droit fondamental (par exemple la liberté de changer de religion au sens de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme), et de vérifier par une appréciation *in concreto* que cette restriction est nécessaire, adaptée et proportionnée au sens strict[2201]. Des droits fondamentaux peuvent également entrer en conflit, nécessitant un arbitrage *in concreto*. La légitimité s'apprécie quant à elle au regard des objectifs poursuivis par le droit

---

[2194] V. l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, JORF Nr. 172 du 28.07.1999, p. 50001.

[2195] Le cas spécifique des réfugiés doit être écarté de cette analyse. Selon S. CORNELOUP : « *bien que le Code civil ne pose aucune limite d'âge précise, en pratique une telle limite existe bel et bien en France, notamment pour les réfugiés, […]. En effet, les personnes à qui le statut de réfugié est reconnu en France bénéficient d'une reconstitution de leur état civil par l'OFPRA. Or, conformément à des lignes directrices du parquet du Tribunal de grande instance de Paris, l'OFPRA considère que tout mariage célébré à l'étranger à un âge inférieur à seize ans est contraire à l'ordre public international. Un tel mariage se heurte donc systématiquement à un refus de reconnaissance en France* » (note sous Civ. 1, 3 oct. 2018, n°17-24.246, *RCDIP* 2019, p. 761, spéc. p. 767). Par ailleurs, l'auteure critique cette souplesse, jouant souvent contre les intérêts de l'épouse.

[2196] Cour EDH, 2ème section, 20 juillet 2001, *Pellegrini* : les juridictions de l'État italien qui, en application des dispositions concordataires, se prononcent sur l'*exequatur* à accorder à une décision des juridictions ecclésiales déclarant la nullité d'un mariage, doivent, avant de donner l'*exequatur*, vérifier *« que la procédure [ecclésiastique] remplissait les garanties de l'article 6 ; un tel contrôle s'impose, en effet, lorsque la décision dont on demande l'exequatur émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention. Pareil contrôle est d'autant plus nécessaire lorsque l'enjeu de l'exequatur pour les parties est capital ».* V. déjà *supra*, sur le lien entre reconnaissance et proportionnalité, la pensée de Ch. PAMBOUKIS (n°547 en note de bas de page).

[2197] Pour une confusion entre appréciation de la situation au regard de l'ordre public international et contrôle de proportionnalité : B. HAFTEL, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, p. 1477.

[2198] Certains d'entre eux pourraient être considérés comme « absolus ». V. : H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) : cours général (Volume 312) », *RCADI* 2006, p. 1, spéc. n°469 et s., p. 409 et s. On s'estimera pour notre part peu convaincue par cette distinction.

[2199] V. déjà *supra* n°361, y compris en note de bas de page.

[2200] V. la méthodologie allemande, l'article 6 de l'*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* et les développements de H.-P. MANSEL, « Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht », *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 43, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, p. 137, spéc. p. 190 et s. V. également : J. GUILLAUME, « La loi étrangère qui prive l'enfant de son droit à établir sa filiation paternelle est (en elle-même ?) contraire à l'ordre public international français », *D.* 2017, p. 2518.

[2201] « *La grille d'analyse de la Cour EDH, ébauchée par l'arrêt Handyside puis mise en place par touches successives, ne distingue pas formellement les trois éléments du contrôle de proportionnalité - adéquation, nécessité, proportionnalité - et se caractérise par sa flexibilité. Selon les cas, le contrôle stricto sensu exercé par la Cour pourra porter sur les trois composantes du contrôle - sans pour autant que celles-ci soient clairement identifiées et que la Cour procède par étapes - ou seulement sur l'une d'entre elles. Dans ce cas, la Cour met l'accent sur le test de proportionnalité, négligeant l'adéquation et la stricto sensu nécessité. En agençant librement les éléments du contrôle de proportionnalité, la Cour dessine plusieurs figures du contrôle de proportionnalité* » (F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme - De quoi est-il question ? », *La Semaine Juridique Edition Générale* n°11, 13 mars 2017, doctr. 289, p. 502, spéc. n°23).

international privé (harmonie internationale des solutions notamment), confrontés aux intérêts individuels tels que précisés par la situation de fait[2202]. Comme le souligne J. Guillaumé,

« *[l]a méthode assurerait l'application universelle des droits garantis par la Convention européenne sans pour autant conduire à leur impérialisme puisqu'elle serait mise en œuvre dans le cadre de l'exception d'ordre public, dans une démarche coordinatrice. Évidemment, un tel contrôle implique, au préalable, de déterminer si le droit en cause fait partie de l'ordre public international car l'usage du principe de proportionnalité ne doit pas se substituer aux méthodes du droit international privé* »[2203].

595. Or, précisément, déterminer au préalable si un droit fondamental fait partie ou non de l'ordre public international apparait tout à fait délicat. La prise en compte de ces droits, « fondamentaux », semble nécessairement impliquer leur intégration *a priori* au sein de l'ordre public international, quitte à découvrir suite à un examen *in concreto* que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international constitue une atteinte justifiée à ceux-ci. L'articulation de méthodologies déductive et inductive laisse perplexe. Mais surtout, on relèvera que la primauté donnée aux intérêts individuels au sein du contrôle de proportionnalité, effectué à l'aune de droits fondamentaux précisément marqués par une philosophie individualiste, pourrait réduire à néant tout effort de coordination avec des communautés non étatiques, ayant une conception radicalement différente de l'individu[2204]. En effet, nous l'avons vu, les intérêts des communautés ne sont pris en compte lors du contrôle de proportionnalité[2205].

596. Conclusion de la section. L'écoulement du temps est un critère pertinent afin de déclencher la méthode de reconnaissance des situations. Il s'agit d'un élément objectif venant témoigner de l'existence et de l'effectivité d'une norme non étatique, qu'il est alors possible de prendre indirectement en compte. Toutefois, pour que l'existence d'une telle norme puisse être admise, il convient de limiter l'emploi de la méthode de reconnaissance des situations sur ce seul fondement aux communautés socioculturelles reconnues, c'est-à-dire répondant aux exigences formulées en amont dans ce travail.

En aucun cas l'écoulement du temps ne saurait suffire à lui seul à cristalliser le point de vue d'une communauté socioculturelle non reconnue, ne répondant pas aux exigences d'effectivité et de légitimité mises en avant au début de ce travail. La mise en œuvre exceptionnelle de la méthode de reconnaissance des situations, articulant élément objectif (écoulement du temps) et subjectifs

---

[2202] « *Si l'on prend l'exemple de l'établissement de la filiation naturelle, le contrôle de proportionnalité à proprement parler devrait donc mettre en rapport le droit fondamental atteint et le but légitime des règles de droit international privé (à savoir l'harmonie internationale des solutions, qui implique notamment l'absence de statut boiteux), ainsi que les différents intérêts individuels en présence (l'intérêt de l'enfant à voir sa filiation établie, l'intérêt du prétendu père, l'intérêt des enfants du prétendu père, etc.). Parmi les éléments factuels à prendre en considération, le rattachement de la situation, avec la France et d'autres pays, permettrait d'identifier l'ordre juridique étranger compétent, c'est-à-dire l'ordre juridique (ou les ordres juridiques) dans lequel la situation déploiera ses effets* » (J. GUILLAUME, *op. cit.*).

[2203] *Ibid*, nous soulignons.

[2204] V. les propos de N. ROULAND, à propos des sociétés africaines : « *la division sociale est conçue en termes de complémentarité (séparation des pouvoirs, nul ne peut exercer son pouvoir sans l'appui des autres)* ». Sur le terrain du conflit, *« le système de représentation pose autrement le problème de la justice : celle-ci se situe moins au niveau des individus (certains peuvent être les victimes de ces structures, protectrices aussi, tout au moins pour nous aliénantes) que les équilibres globaux, toujours fragiles, où tout est fait pour que l'ordre se maintienne* » (*Aux confins du droit*, 1991, éd. Odile Jacob, Paris, p. 65).

[2205] Cour EDH, 19 décembre 2018, *Molla Sali c. Grèce*, v. *supra* n°293, 441 sur cet arrêt.

(représentations, prévisions des parties et des tiers) apparait un correctif judicieux et nécessaire apporté au paradigme étatique dans un contexte pluraliste.

Si ces deux cas peuvent être théoriquement dissociés, cette distinction a-t-elle une incidence quelconque sur le plan du régime de la méthode de reconnaissance des situations ? Ne serait-il pas plus simple, et par ailleurs plus conforme aux tendances actuelles du droit positif, de retenir uniquement une approche fondamentalement subjective ? Tel n'est pas le cas : pour être admise, la méthode de reconnaissance fondée sur un motif subjectif suppose l'acte d'une autorité non étatique (décision d'une autorité religieuse non reconnue par exemple) ; au contraire, la méthode de reconnaissance fondée simplement sur l'écoulement du temps repose simplement sur le comportement conforme des parties au regard des normes d'un ordre non étatique. En d'autres termes, elle ne suppose pas l'identification d'un acte d'une autorité non étatique. L'existence d'une communauté reconnue permet ainsi une coordination plus large et plus souple, bien qu'indirecte, avec les ordres non étatiques. En l'absence de contrôle possible de conformité de la situation aux normes non étatiques, l'ordre public international français et le contrôle du lien caractérisé (intimement corrélé à l'absence de fraude) constitueront les remparts, suffisants pour contrecarrer le libéralisme critiqué de la méthode, dans un domaine où la réalité de celui-ci, notamment en ce qui concerne les communautés socioculturelles, est fortement limité[2206].

On précisera enfin que la portée de la reconnaissance se limite à la validité de la situation (du mariage, de l'adoption)[2207]. En effet, les difficultés, mises précédemment en lumière, d'adaptation entre les normes non étatiques et celles du for, semblent insurmontables, sauf à porter une atteinte excessive à la cohésion du for. Certains auteurs proposent une distinction temporelle entre les effets déjà réalisés (reconnus) et ceux futurs (soumis à la loi du for)[2208]. Or, fonder la reconnaissance principalement sur l'effectivité de la situation ne permet pas d'embrasser les effets non encore réalisés.

597. Conclusion du chapitre. La méthode de reconnaissance des situations est ainsi utile à la coordination avec les ordres non étatiques, en raison de son libéralisme et de sa plasticité. Elle permet d'élargir la notion de « décision » et de soumettre à une méthode unilatéraliste des situations cristallisées au regard de normes non étatiques. Ces dernières étant caractérisées par leur intégration au sein de communautés restreintes imposant un contrôle social dense, elles possèdent une

---

[2206] V. pour une nuance toutefois quant à l'absence de libéralisme dans le domaine familial (spécifiquement au Liban et soutenu par le fondamentalisme) : R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « "Barre oblique" et droits fondamentaux – retour sur la composante religieuse de l'identité au Liban », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 61, spéc. p. 70 et s. Il est possible d'atténuer quelque peu la portée de cette nuance en matière internationale, puisqu'elle suppose une connaissance suffisamment étoffée des conséquences de la soumission délibérée à un autre ordre normatif.

[2207] P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », *op. cit*, spéc. n°21, p. 496 (il s'agit de « *savoir si un mariage est valide, si un lien de filiation est établi ou encore en cas de changement de sexe d'une personne, quel est le sexe de celle-ci* ») ; Ch. PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose… », *op. cit*., spéc. n°70, p. 557, note 142 (« la création et la validité d'une société, d'un mariage ou le prononcé d'un divorce ») ; H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *in* L. d'Avout *et al*., *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 359, spéc. p. 380.

[2208] P. LAGARDE, *ibid.* ; Ch. PAMBOUKIS, *ibid.*

effectivité particulière, qu'il apparait pertinent de prendre en compte afin d'organiser une coordination qu'il est difficile d'atteindre sur le versant de la création de la situation.

Il reste que l'utilisation d'une méthode libérale, majoritairement pensée au service des intérêts des parties et ancrée dans une idéologie autonomiste, apparait contre-intuitive lorsqu'il est question d'appréhender les normes de communautés denses. En supprimant tout contrôle au regard de la loi de la cristallisation, il s'agit encore davantage de rapprocher le régime de la méthode de reconnaissance des situations de celui de la reconnaissance des jugements, de s'approcher d'un contentieux objectif. Si une telle solution semble défendable, on peut exprimer certains doutes quant au réalisme de son adoption au regard des tendances actuelles.

598. Conclusion du titre. Une solution peut-être plus réaliste serait de considérer que la coordination avec les ordres non étatiques doit exclusivement s'effectuer sur le terrain de la méthode de reconnaissance des situations, laissant la méthode de reconnaissance des décisions aux décisions et jugements étatiques. Une telle solution viendrait volontairement maintenir une prééminence des normes étatiques, rendant la coordination avec les ordres étatiques plus facile en raison des conditions plus libérales de la méthode de reconnaissance des jugements.

Une telle solution ne semble cependant pas justifiée. Une fois la relevance des ordres non étatiques admise, aucun obstacle ne s'oppose à la reconnaissance d'actes pouvant être qualifiés de « décision », soit de normes catégoriques et concrètes. Au regard de la compréhension de la notion de « décision », qui embrasse un ensemble d'actes hétérogènes, il apparait possible, sans distordre excessivement la notion, d'embrasser les normes non étatiques catégoriques et concrètes, bien que celles-ci aient éventuellement une physionomie particulière (autorité plus diffuse notamment). Dès lors que l'autorité non étatique intervenante agit au nom de l'ordre non étatique et que ce dernier a un lien caractérisé avec le litige au sens de l'arrêt *Simitch*, la reconnaissance de la décision selon la méthode aujourd'hui classiquement admise doit être admise. En amont, au stade de la définition de l'ordre non étatique, la possibilité de la circulation de la décision non étatique au sein de l'Etat reconnaissant la communauté est une condition nécessaire à la reconnaissance de la décision par le for.

La dichotomie de régime entre normes étatiques et non étatiques ne peut être celle entre méthode de reconnaissance des décisions et méthode de reconnaissance des situations. Cette dernière méthode permet par ailleurs de prendre en compte de manière indirecte (par le biais de la reconnaissance de la situation) des éléments divers. Tout d'abord certaines normes générales et abstraites d'ordres non étatiques dès lors qu'un comportement conforme des parties dans le temps peut être retenu. Mais également les prévisions des parties, que celles-ci soient fondées sur une compréhension erronée des normes étrangères mais aussi, et c'est là l'important, celles fondées au regard de communautés socioculturelles non reconnues. Au contraire de la reconnaissance de normes non étatiques, ces « actes » de communautés socioculturelles, qui ne répondent pas à la définition de « normes », peuvent être pris en compte à travers la reconnaissance des situations, fondée tant sur l'écoulement du temps que des données plus subjectives (prévisions des parties).

La mise en œuvre exceptionnelle de la méthode de reconnaissance des situations semble un correctif justifié dans un contexte pluraliste.

Reléguer la relevance de normes non étatiques au terrain de la méthode de reconnaissance des situations comprise selon un prisme subjectif n'apparait pas suffisant au regard de la relevance des ordres non étatiques et de la coordination avec ceux-ci en matière personnelle et familiale.

599. Conclusion de la partie. C'est sur le terrain de l'articulation entre conflit de lois et reconnaissance que la coordination avec les ordres non étatiques doit être réfléchie. Les deux solutions proposées, soit l'introduction d'une exception d'incompétence sur le terrain de la création d'une situation juridique, ainsi que l'extension des méthodes de reconnaissance sur le terrain de la reconnaissance d'une situation déjà cristallisée à l'étranger, permettent une coordination satisfaisante avec les ordres non étatiques dont la relevance dans le domaine personnel et familial a été établie.

Sur le plan du conflit de lois, il convient de retenir aux fins de coordination l'existence d'une exception d'incompétence du juge du for lorsque l'Etat désigné par la règle de conflit de lois bilatérale reconnait l'existence d'autres communautés et permet la circulation de leurs décisions dans son ordre juridique. Une telle solution est respectueuse des normes non étatiques et est la seule solution envisageable au regard des difficultés de désignation comme d'application de la norme non étatique qui peut, notamment dans le domaine personnel et familial, répondre à des fonctions étrangères à celles de la norme étatique, notamment lorsqu'il n'y a pas d'identité entre Etat et Nation. Tant un raisonnement proximiste qu'un raisonnement unilatéraliste ne permettent, au stade de la création de la situation, d'apporter une solution respectueuse des ordres non étatiques.

L'introduction d'un mécanisme de retrait sur le plan de la compétence a pour effet de déplacer la question de la coordination sur le plan de la reconnaissance des décisions : il convient ainsi d'élargir les hypothèses de cristallisation de la situation dont il est demandé reconnaissance dans l'ordre juridique du for. C'est ainsi bien l'extension de mécanismes unilatéralistes qui permet la coordination avec les ordres non étatiques ; cependant, ces mécanismes supposent que les hypothèses de cristallisation soient identifiées. A la cristallisation par l'intervention d'une autorité d'un ordre non étatique émettant une norme catégorique et concrète, venant étendre le domaine d'application de la reconnaissance des décisions et jugements étrangers, la cristallisation par l'absence de remise en cause dans le temps d'une situation ayant un lien caractérisé avec une communauté socioculturelle reconnue constitue un cas particulier de la méthode de reconnaissance des situations. Par ailleurs, la méthode de reconnaissance des situations, fondée sur le respect des prévisions des parties adossé à l'écoulement du temps, peut être mise en œuvre lorsqu'il s'agit de reconnaitre des situations cristallisées au regard d'une communauté socioculturelle non reconnue. Un tel correctif de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois bilatérale apparait une réponse adaptée au contexte pluraliste. Il s'agit cependant d'un mécanisme exceptionnel de coordination.

En conclusion, l'accueil de la norme non étatique s'opère principalement hors du conflit de lois et hors de la méthode bilatérale : sur le terrain de la compétence du juge français (par son retrait) ou

bien sur celui des méthodes de reconnaissance. Dans les deux cas, les propositions effectuées ont pour conséquence de déplacer le litige devant les autorités non étatiques, emportant le risque du déni de justice. L'absence de possibilité de saisir une autorité de sa communauté peut avoir pour conséquence le recours à des autorités non étatiques sur le territoire du for et appelle nécessairement une réflexion sur d'autres mécanismes, cette fois-ci de gestion du pluralisme interne.

CONCLUSION GENERALE

600. La coordination, pour les rapports personnels et familiaux internationaux, avec les ordres non étatiques, ne peut s'effectuer qu'en utilisant plusieurs mécanismes altérant le jeu normal des méthodes de droit international privé.

601. Sur le terrain conflictuel, la coordination se traduit par le retrait, c'est-à-dire par la mise en œuvre d'une exception d'incompétence. Celle-ci se déclenche lorsque l'ordre juridique étatique désigné par la règle de conflit de lois bilatérale reconnait l'existence d'autres communautés et permet la circulation de leurs décisions dans son ordre juridique.

Bien entendu, de nombreuses « normes » et « ordres » non étatiques existent en dehors de toute reconnaissance étatique. De surcroit, la reconnaissance ici retenue est de nature « juridictionnelle », supposant une autonomie juridictionnelle de l'ordre normatif non étatique ainsi que la possible sanction étatique de ses normes. *Quid* des autres normes et ordres non étatiques ?

Celles qui paraissent les plus évidentes sont celles auxquelles l'ordre juridique étatique étranger fait référence. Tel est le cas de nombreux droits étatiques, qui ne reconnaissent aucune autonomie juridictionnelle des communautés socioculturelles, mais prévoient l'application de normes de celles-ci par leurs tribunaux. Dans ce cas, il s'agit simplement d'une question d'interprétation du droit matériel étatique étranger ou de détermination de son contenu. Cette détermination ou interprétation peut être fonction de la réalité de la norme étrangère étatique, établie notamment à l'aide de certificats de coutume. Les autres « normes » ou « ordres » non étatiques, qui peuvent notamment être identifiées par les sociologues du droit et qui possèdent une certaine effectivité, peuvent ne bénéficier d'aucune reconnaissance étatique étrangère (éventuellement parce que l'Etat étranger s'est construit en opposition avec ces normes). Ces « normes » ne peuvent en principe être considérées comme relevantes pour les besoins du droit international privé (manque d'effectivité – juridique – et de légitimité). Le régime juridique proposé retient ainsi comme postulat théorique la relation de dépendance entre normes étatique et non étatique.

Une telle solution de retrait sur le plan du conflit de lois est *a priori* contraire au fonctionnement du droit international privé, qui vise l'application, par les tribunaux du for, d'une norme étrangère. Ce retrait est justifié par plusieurs difficultés, notamment d'ordre technique : de désignation de la norme non étatique selon la méthode bilatéraliste (nature du rattachement) comme unilatéraliste (conflit positif) ; d'application de la norme non étatique (concepts, méthodes, rôle des normes).

Une telle solution rappelle celle, connue du droit positif et décriée, de l'arrêt *Levinçon*. La décision a pu notamment être critiquée pour sa méconnaissance de la distinction entre compétence et fond, mais une telle critique ne parait pas indépassable : il n'apparait pas pertinent de distinguer entre les motifs d'incompétence, c'est-à-dire si celle-ci intervient en raison de considérations propres à la compétence (accès au juge, bonne administration de la justice) ou propres au conflit de lois (application de la loi étrangère). La difficulté nait à l'occasion de la détermination ou de l'application de la *lex causae*. Elle se fonde sur la fonction ou le rôle du juge français et de ses pouvoirs. Or ceux-

ci connaissent leur traduction sur le plan matériel (absence d'effet juridique reconnu au mariage religieux célébré au sein de l'ordre juridique français) comme procédural (absence de recours possible contre les décisions d'instances religieuses devant le juge étatique).

Théoriquement, une telle solution est fondée sur le « respect » dû à la loi étrangère. Cet objectif est encore plus pressant en matière personnelle et familiale, car les normes non étatiques en la matière ont une dimension essentielle à la définition-même de la communauté et ainsi à son identité collective.

602. Sur le terrain des méthodes de reconnaissance, la coordination se traduit par une extension de celles-ci. Du point de vue technique, les méthodes de reconnaissance permettent d'adopter une conception plus souple de la norme ; celles-ci peuvent se concentrer à titre premier sur la situation concrète à reconnaitre. Cette plasticité des méthodes est intéressante pour envisager la coordination avec les ordres non étatiques, dont les normes peuvent connaître des caractéristiques ne répondant pas au phénomène juridique tel qu'il est compris dans les cultures occidentales. Il est alors possible d'admettre, au-delà des hypothèses ayant pu être relevées en doctrine, d'autres hypothèses de cristallisation.

603. La première hypothèse est celle de l'absence de remise en cause dans le temps d'une situation ayant un lien caractérisé avec une communauté socioculturelle reconnue. La référence étatique est présente : il s'agit de s'assurer de la possible circulation de la norme non étatique. Cette hypothèse suppose l'intervention d'une autorité non étatique, entendue au sens large : sa compétence internationale indirecte doit, comme pour toute mise en œuvre d'une méthode de reconnaissance, être vérifiée. La norme non étatique ne vient pas nécessairement trancher un litige. Ce qui importe, c'est la « signification conventionnelle » de celle-ci au sein du groupe social. Dans une communauté socioculturelle, les normes familiales empruntent une dimension politique majeure : les liens familiaux tissent les contours de la communauté. Les actes de langage d'autorités non étatiques en la matière possèdent par principe un caractère catégorique et concret et sont caractérisés par une difficile remise en cause. Ces caractéristiques fondent l'intérêt de la communauté mais surtout l'intérêts des parties à voir la décision reconnue. Ces normes sont ainsi assimilées à des « décisions » au sens large, afin d'accéder au régime le plus libéral de la méthode de reconnaissance : celui des jugements étrangers.

604. La deuxième hypothèse est celle de la méthode de reconnaissance des situations, principalement fondée sur les prévisions des parties. Deux cas sont alors à distinguer.

Le premier cas est celui de la reconnaissance d'une situation cristallisée par écoulement du temps (comportement conforme des parties dans le temps), situation ayant, pour le for au moment du litige, un lien caractérisé avec une communauté socioculturelle reconnue. Le facteur temps vient témoigner de l'existence et de l'effectivité d'une norme non étatique. Celui-ci est mesuré à l'aune du comportement conforme des parties. Donner un rôle, même indirect, au comportement des parties revient à prendre acte, et ce notamment lorsque la situation devient internationale, du refus de se conformer aux normes socioculturelles dès lors que les liens avec la communauté se sont, au moins géographiquement, relâchés (il ne s'agit ainsi pas d'un « droit d'exit »).

Le second cas se fonde sur les prévisions des parties adossées à l'écoulement du temps, lorsque la situation a été cristallisée par l'intervention d'une autorité non étatique au sein d'une communauté socioculturelle non reconnue. A la différence de l'hypothèse précédente, il convient ici de caractériser l'existence d'un acte concret émis par une autorité identifiable (règlement du conflit, célébration du mariage, adoption par accomplissement de rites coutumiers…). La méthode suppose de surcroit l'absence de remise en cause de la situation dans le temps (comportement des parties conforme à celle-ci et absence de décision étatique étrangère) ainsi que la croyance des parties dans la validité de celle-ci (dont au moins l'une d'entre elles se prévaut). En évinçant la condition de reconnaissance par un ordre étatique, un autre arbitrage est ici effectué entre les exigences de légitimité et d'effectivité de la norme et de l'ordre non étatique. Nous y reviendrons plus en détail ; il convient cependant de relever que ce mécanisme reste exceptionnel.

En l'absence de contrôle possible de conformité de la situation aux normes non étatiques dans les deux cas ci-dessus rappelés, un contrôle au regard de l'ordre public international français et le contrôle du lien caractérisé (intimement corrélé à l'absence de fraude) constitueront les remparts suffisants contre le libéralisme de la méthode, souvent mis en avant. L'association d'une définition restrictive de l'ordre non étatique et de la condition du comportement conforme des parties dans le temps remettent en cause le libéralisme de la méthode. Il s'agit en réalité de reconnaitre des situations initialement entièrement « internes » à un ordre non étatique étranger et de cas en réalité très spécifiques.

Il apparait particulièrement important de dégager des hypothèses précises de reconnaissance afin de laisser champ assez large à l'exception d'incompétence. L'élargissement des méthodes de reconnaissance se justifie par l'ouverture à des normes non juridiques, ne répondant pas aux critères occidentaux habituellement retenus et cependant relevantes ; la pertinence de la méthode de reconnaissance des situations ne réside pas dans l'idée que les situations « existent », mais que leur reconnaissance permet la coordination indirecte avec des normes non étatiques et notamment, à titre exceptionnel, celles émanant de communautés socioculturelles non reconnues. Dans les conditions strictes retenues, la mise en œuvre de la méthode n'a pas pour objectif premier la poursuite de l'épanouissement personnel des individus.

605. Les solutions proposées nécessitent une redéfinition importante des concepts : adoption du pluralisme normatif et de la notion de norme ; conceptualisation de la communauté non étatique comme un archétype culturel, permettant de dégager deux couples de caractères de la communauté (holiste et dense, ainsi que restreinte et locale) ; admission de l'existence d'une autorité diffuse ; assimilation de certaines normes non étatiques à des décisions, etc. L'enjeu premier est celui d'ouvrir les concepts traditionnellement utilisés à des « phénomènes » normatifs fondamentalement étrangers tout en pensant la différence entre norme étatique et non étatique, situées dans un rapport, seulement éventuel, de complémentarité. Un tel exercice se heurte à l'idée fortement ancrée qu'*a priori*, le droit international privé suppose une certaine égalité des lois en présence (du moins au stade du résultat, soit de l'application par le for de la norme étrangère, étrangère ou du for, étatique ou non).

606. L'entreprise en vaut-elle la peine ? L'enjeu central, dégagé dès le début de ce travail, est celui de l'arbitrage entre effectivité et légitimité. Il s'agit d'apporter une contribution à un

questionnement faisant l'objet de réflexions renouvelées à l'occasion du phénomène actuel de mondialisation. La réponse apportée est limitée, d'une part à la matière du droit international privé, d'autre part au domaine personnel et familial. Elle ne peut faire l'impasse sur la nécessité de penser l'ordre, et non uniquement la norme, ainsi que sur l'élaboration d'une définition de l'ordre non étatique et matière personnelle et familiale (la communauté socioculturelle).

La réponse apportée, limitée, est également nuancée.

607. Un premier arbitrage entre effectivité et légitimité se résout par la référence à l'ordre juridique étatique. La norme étatique bénéficie d'un ensemble de qualités justifiant sa prise en compte en droit international privé : légitimité, effectivité, autonomie. Lorsque la norme non étatique connait la sanction étatique ou est susceptible de la connaitre, elle atteint un degré d'effectivité particulièrement fort, et une légitimité découlant de sa reconnaissance, entendue au sens large, par un Etat. Par ailleurs, lorsque la norme non étatique est susceptible d'être mobilisée par une instance non étatique imposée pour le règlement d'un conflit interindividuel, elle possède un niveau d'autonomie suffisant pour justifier sa relevance en droit international privé. Ainsi, l'ordre non étatique est, dans sa définition-même, compris dans sa relation à l'ordre étatique.

Et pourtant, on pourrait douter, dans de nombreux cas, tant de l'effectivité que de la légitimité de l'Etat. On rappellera, pour justifier le rejet d'une telle idée, les éléments suivants.

Tout d'abord, l'Etat fait l'objet dans le travail mené d'une redéfinition, pour les besoins du droit international privé : l'Etat intègre, dans sa définition-même, une exigence d'effectivité concrète, qui se mesure à l'aide d'un examen de fait et permet d'évincer un raisonnement en termes de conflits internes de lois, c'est-à-dire de penser la désignation « directe » de l'ordre juridique considéré classiquement comme infra-étatique. Une telle modification permet de définir comme Etat des unités ou ordres juridiques « autonomes » (Etats infra-étatiques ou autorités *de facto*), et ce pour les besoins du droit international privé. Ce critère d'effectivité concrète du pouvoir normatif possède l'inconvénient d'être moins commode à utiliser pour le juge saisi d'un litige de droit international privé. Il apparait cependant suffisant pour départager des prétentions étatiques concurrentes. A l'inverse, la norme non étatique n'est pas en situation de concurrence « parfaite » avec la norme étatique car elle ne prétend pas à une vocation normative exclusive relative à une population et un territoire donnés ; à ce titre, le critère de l'effectivité concrète ne peut être satisfaisant.

Une fois l'effectivité précisée, *quid* de la légitimité étatique ? La réponse pourra paraitre *a priori* insatisfaisante et est au moins partiellement à rechercher dans des considérations propres à la matière personnelle et familiale : la légitimité de l'Etat doit être recherchée dans sa structure elle-même, précisément étatique.

En premier lieu car la prétention à une vocation normative exclusive sur une population et un territoire donnés nécessite structurellement d'adopter un minimum de lois ayant comme objet la poursuite d'un Bien commun, compris comme un équilibre à réaliser entre différents intérêts particuliers. L'Etat n'est pas le seul ordre ayant pour objectif la réalisation de cet équilibre. Mais, pour les besoins d'affirmation et de perpétuité de son pouvoir, et quel que soit son régime politique, cet objectif est au moins partiellement garanti. La poursuite de cet objectif est par ailleurs tributaire de la reconnaissance interétatique (qui n'est toutefois pas une condition *sine qua non* de l'application

d'une loi étrangère), qui a nécessairement une incidence indirecte sur la manière dont l'Etat se perçoit, comprend son rôle et ses prétentions : celui-ci « se doit » d'exercer un pouvoir sur sa population, comprise comme ancrée sur un territoire. La matière personnelle et familiale est un enjeu politique et identitaire pour l'Etat lui-même, notamment au regard des autres ordres qu'il considère comme infra-étatiques.

Par ailleurs, l'Etat bénéficie d'un ancrage historique, est une institution sociale au sens retenu par Santi Romano. Cet ancrage est pertinent en matière familiale et personnelle, où il est question d'identité, puisque celle-ci se comprend partiellement par son enracinement dans des groupes sociaux.

On remarquera en outre, indépendamment de toute question de légitimité ou d'effectivité, que sur le plan technique, l'Etat est nécessaire au bilatéralisme du conflit de lois, qui reste la méthode la plus utilisée en droit positif et la plus satisfaisante.

De cet arbitrage entre effectivité et légitimité dépend ainsi la définition-même de la norme non étatique, qui doit être émise par un ordre normatif non étatique « reconnu » : la norme non étatique est une norme sociale, intégrée à un ordre normatif caractérisé par l'existence d'une instance de règlement des conflits et dont la décision est susceptible d'une sanction étatique étrangère. Adopter un cadre local pour penser le régime de la norme non étatique ne signifie pas que, tout comme pour sa définition, le régime de la norme non étatique doive être pensé uniquement selon les critères de l'Etat étranger : le régime prôné n'est pas l'application de la loi étatique étrangère et de ses « règles de conflit interne » mais la mise en œuvre d'une exception d'incompétence. Toutefois, ce premier arbitrage est loin de se résoudre par l'abandon du paradigme étatique.

608. Un arbitrage exceptionnel entre légitimité et effectivité découle de caractéristiques propres à la méthode de reconnaissance des situations : l'arbitrage ne se pense plus dans la dépendance étatique, mais uniquement dans le lien entre la situation litigieuse et une communauté socioculturelle. En d'autres termes, la communauté socioculturelle suffit, indépendamment de sa reconnaissance par un ordre juridique étatique. Cet arbitrage se justifie à la fois par les prévisions des parties et des tiers ainsi que par les intérêts de la communauté socioculturelle, dès lors que le facteur temps permet de mettre en lumière l'existence et l'effectivité de la norme de la communauté socioculturelle non reconnue. Bien que ne bénéficiant d'aucune reconnaissance étatique, cette norme revêt cependant des qualités justifiant se relevance : difficile remise en cause, création effective d'un statut social sanctionné socialement. De telles qualités sont intimement liées à celles de la communauté socioculturelle, caractérisée par un contrôle social dense, une prétention normative holiste ainsi qu'une sanction sociale immédiate.

Le manque d'effectivité juridique est ainsi pallié par le comportement conforme des parties dans le temps. L'exigence de légitimité est quant à elle à trouver dans son caractère socioculturel et l'importance de la communauté pour la construction de l'identité individuelle, primordiale en matière personnelle et familiale. Elle est ainsi entièrement et seulement fondée sur la dimension culturelle et identitaire (pour l'individu) des liens sociaux en matière personnelle et familiale. En réalité, la communauté socioculturelle est, tout comme l'Etat, une institution sociale recherchant nécessairement le Bien commun. Il ne s'agit cependant pas ici d'une nécessité structurelle mais

davantage la conséquence-même de son ancrage culturel. A préciser le rôle de la condition du comportement conforme des parties dans le temps, on remarquera que cette condition permet un certain exercice du rejet, au niveau individuel, des normes non étatiques. A la différence du choix de loi, un tel critère est moins susceptible d'être instrumentalisé pour la poursuite de projets individuels et est ainsi un indice plus satisfaisant de l'identité effectivement vécue.

609. Les propositions formulées constituent une ouverture finalement restreinte aux ordres et normes non étatiques. Celles-ci ne sauraient cependant manquer de pertinence au regard des mouvements migratoires actuels et futurs. Il semble aujourd'hui d'autant plus pressant de prendre (de nouveau ?[2209]) en compte les normes religieuses et coutumières et de rendre compte d'une certaine complexité des modes de régulation sociale afin de répondre aux objectifs de droit international privé en matière personnelle et familiale. Enfin, si ces propositions sont celles du droit international privé, d'autres matières et techniques pluralistes permettent d'envisager diverses coordinations avec les normes et ordres non étatiques, qu'il s'agisse du droit international public ou des techniques de gestion du pluralisme interne. Si ces méthodes et techniques poursuivent des objectifs propres, pouvant *a priori* paraitre contradictoires (penser le commun et non la différence), une réflexion d'ensemble permettant d'analyser et de réfléchir au jeu entre celles-ci apparait plus qu'opportune ; il s'agit finalement de penser l'identité de l'ordre juridique français et ainsi, partiellement, notre identité individuelle-même.

[2209] P. SHAH, M.-C. FOBLETS, M. ROHE (éd.), *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016 ; A. A. JAMAL, J. L. NEO, « Religious Pluralism and the Challenge for Secularism », *Journal of Law, Religion and State*, 2019 (7), p. 1.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX

B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française en droit international privé*, Dalloz, 5ème éd., 2006.

A.-J. ARNAUD, J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Dalloz, 1ère éd., [1985] 2002.

B. BADIE, M. SADOUN (dir.), *L'Autre, Etudes réunies pour Alfred Grosser*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1996.

Ch. VON BAR, P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, I, Munich, Beck, 2ème éd., 2003.

E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Éditions Domat-Montchrestien, 1930.

H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 2002.

H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, LGDJ, 8ème éd., 1993.

O. BLOCH et W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 2004.

G. BURDEAU, *L'Etat*, Paris, Seuil, Coll. Politique, [1970] 2009.

D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, 5ème éd., 2021.

O. CACHARD, P. KLÖTGEN, *Droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2021, 9ème éd.

J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2ème éd., [1978] 2004.

- *Droit civil Introduction*, Paris, PUF, 27ème éd., 2002.

J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, LGDJ, 4ème éd., 2014.

S. CLAVEL, *Droit international privé*, Dalloz, coll. HyperCours, 6ème éd., 2021.

L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, vol. 2, *La Méthode comparative*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 1974.

R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 12ème éd., 2016.

P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7ème éd., 2023.

Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, Traités, 1996.

G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-F. Kervegan, Paris, PUF, 2013 [1821].

S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 10ème éd., 2021-2022.

G. GURVITCH, *Traité de sociologie*, Tome 1*,* Paris, PUF, 1958 ; Tome II, 1968.

D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.

Ph. JESTAZ, *Le droit*, Dalloz, coll. Connaissances du droit, 11ème éd., 2021.

E. KANT, *Métaphysique des moeurs*. Paris, J. Vrin, 2ème éd., 1979.

J.-P. KARAQUILLO, *Droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, 4ème éd., 2019.

G. KEGEL, K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, Munich, Beck, 9ème éd., 2004.

H. KELSEN, *Théorie pure du droit, (Reine Rechtslehre)*, trad. par Ch. Eisenman, Dalloz, 1962.

C. KESSEDJIAN, V. PIRONON, *Droit du commerce international*, Paris, PUF, 2ème éd., 2020.

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 10ème éd, 2013.

M. MAHLMANN, *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Baden-Baden, Nomos, 7ème éd., 2023.

P. MAYER, V. HEUZE, B. REMY, *Droit international privé*, LGDJ, Domat droit privé, 12ème éd., 2019.

C. L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois,* Paris, Lefevre, 1826.

P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Tübingen, Mohr, 2ème éd., 1976.

J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1944.

- *Cours de droit international privé français*, Paris, Sirey, 2ème éd., 1949.

M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 7ème éd., 2020.

A. VON MEHREN, D. TRAUTMAN, *The Law of Multistate Problems,* Boston, Little, Brown, 1965.

A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey, t. 1, 1923.

PLATON, *Le Banquet*, trad. P. Boutang, Hermann, 1972.

J.-B. RACINE, *Droit de l'arbitrage*, Paris, PUF, Thémis, 1re éd., 2016.

J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, Strasbourg, De l'Imprimerie de la Société typographique, 1791.

F. C. von SAVIGNY, *Traité de droit romain*, trad. Chenoux, Paris, LGDJ, 2ème éd., 2002.

- *System des heutigen römischen Rechts*, Darmstadt, Scientia Verlag Aalen, 1974.

G. SCELLE, *Précis de droit des gens : principes et systématique. Première partie. Introduction, le milieu intersocial*, Dalloz, 2008.

J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve & Larose, 1999.

Ch. SERAGLINI, J. ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, Domat – Droit privé, 1ère éd., 2013 ; 2ème éd., 2019.

G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, Paris, PUF, Thémis, 1ère éd., 2012.

F. TERRE, D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil. Les personnes*, Précis, Dalloz, 8ème éd., 2012.

P. DE VAREILLES SOMMIERES, S. LAVAL, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 11ème éd., 2023.

II- OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES, THESES

H. AFSHAR, *Women, State, and Ideology: Studies from Africa and Asia*, New York, Suny Press, 1987.

G. AGAMBEN, *La communauté qui vient. Théorie de la singularité quelconque*, trad. M. Raiola, Paris, Seuil, 1990.

R. AGO, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI*, t. 58, 1936, p. 243.

L. AIT AHMED, *Principe de cohérence et droit international privé de la famille européen*, Université Panthéon-Sorbonne, 2021, hal id : tel-03337501.

M. ALLIOT *et alii*, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003.

P. AMSELEK, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit (essai de phénoménologie juridique)*, thèse, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.

- *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1964.

B. ANCEL, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Bibliothèque de droit privé, Dalloz, 1977.

B. ANDERSON, *L'imaginaire national : réflexions sur l'origine et l'essor du nationalisme*, Paris, Éditions la Découverte, 1996.

A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation - Cinq leçons d'histoire et de la philosophie du droit et de l'Etat*, Paris, LFDJ, coll. Droit et Société, n°20, 1998.

A.-J. ARNAUD, J. FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

L. ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996.

J.-B. AUBY, *La décentralisation et le droit*, LGDJ, 2006.

B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *RCADI*, vol. 186, 1984, p. 219.

- « Le droit international privé en quête d'universalité », *RCADI*, vol. 305, 2003, p. 9.

J. BAGUENARD, *L'Etat, une aventure incertaine*, Paris, Ellipses, Coll. « Mise au point », 1998.

R. BARATTA, « La *reconnaissance* internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, p. 260.

L.-A. BARRIERE, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Université de Bourgogne, Etudes universitaires, 1993.

J. BASEDOW, « The Law of Open Societies – Private Ordering and Public Regulation of International Relations General Course on Private International Law », *RCADI*, vol. 360, 2013, p. 1.

H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, [1956] 2002.

- « Principes de droit international privé », *RCADI*, vol. 97, 1959, p. 431.
- « Réflexion sur la coordination des systèmes nationaux », *RCADI*, vol. 120, 1967, p. 165.

E. BECK-GERNSHEIM, *Was kommt nach der Familie ? Einblicke in neue Lebensformen*, Nördligen, Beck, 3ème éd., 2010.

F. VON BENDA-BECKMANN, K. VON BENDA-BECKMANN, A. GRIFFITHS (éd.), *Spatializing Law, An Anthropological Geography of Law in Society,* Farnham, Ashgate, 2009.

S. BENISTY, *La norme sociale de conduite saisie par le droit*, Préf. T. Clay, Paris, Institut Universitaire Varenne, Coll. Des thèses, 2014.

P. S. BERMAN, *Global Legal Pluralism : A Jurisprudence of Law beyond Borders*, New York, Cambridge University Press, 2012.

N. BERNARD-MAUGIRON, B. DUPRET (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

C. BIDAUD-GARON, *L'état civil en droit international privé*, thèse dactyl., Lyon, 2005.

D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique*, dir. H. Muir Watt, 2002.

K. BOELE-WOELKI, *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Anvers, Intersentia, 2003.

K. BOELE-WOELKI, D. MARTINY (éd.), *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019.

S. BOLLEE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Préf. P. Mayer, Paris, Economica, 2004.

S. BOLLEE, E. PATAUT (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016.

B. BONNET (dir. publ.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013.

A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP* 1949, p. 615 ; 1950, p. 11.

J.-Ph. BRAS, *Faire l'histoire du droit colonial. Cinquante ans après l'indépendance de l'Algérie*, Paris, Karthala, 2015.

M. J. BROYDE, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels : Religious Arbitration in America and the West*, New York, Oxford University Press, 2017.

A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *RCADI*, vol. 283, 2000, p. 9.

- « La dimension sociale du droit international privé », *RCADI,* vol. 341, 2009, p. 9.

A. BUCHER *et alii*, *Loi sur le droit international privé : Convention de Lugano*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2011.

D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris II, 1992.

H. L. BUXBAUM, « Public Regulation and Private Enforcement in a Global Economy : Strategies for Managing Conflict », *RCADI*, vol. 399, 2019, p. 274.

P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Préf. P. Mayer, Paris, Economica, 2004.

J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2ème éd., 2004.

- *Flexible droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 10ème éd., 2014.
- *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, 2022.

J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

M. CHARFI, « L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans », *RCADI* 1987-III, vol. 203, p. 329.

O. G. CHASE, J. S. BRUNER, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*, New York, New York University Press, 2005.

P. CHEAH, B. ROBBINS (éd.), *Cosmopolitics : Thinking and Feeling beyond the Nation*, Minneapolis, Londres, University of Minnesota Press, 1998.

C. COHEN, *Les normes permissives en droit international privé – Étude critique*, thèse Paris II, 2015.

J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois*, Paris, PUF, 1994.

A. COMTE, *Discours sur l'esprit positif*, Paris, Vrin, [1844] 1983.

L. CORBION, *Le déni de justice en droit international privé,* Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

E. CORNUT, P. DEUMIER (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016.

R. COTTERRELL, *Law's Community : Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

- *Law, Culture and Society, Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, New York, Routledge, 2006.

P. COURBE, *Essai sur les objectifs temporels des règles de droit international privé*, thèse, Université de Rouen, 1983.

J. DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif spécialement dans les rapports de droit privé*, Paris, Sirey, 1929.

R. DAVID, *Le droit du commerce international, Réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Economica, 1987.

S. DHAFER, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation,* Paris, Revue banque éditions, 2ème éd., 2011.

R. DEBRAY, *Le moment fraternité*, Paris, Gallimard, 2009.

M. DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, Les forces imaginantes du droit, III*, Paris, Seuil, 2006.

E. DELRUELLE, G. BRAUSCH, *Le droit sans la justice : actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du « Cap des Tempêtes » de Lucien François*, Bruxelles, Paris, Bruylant LGDJ, 2004.

D. K. DENG, *Challenge of Accountability: An Assessment of Dispute Resolution Processes in Rural South Sudan*, Juba, South Sudan Law Society, 2012.

J. DEPREZ, « *Droit international privé* et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *RCADI*, vol. 211, 1988, p. 9.

J. DERRIDA, *L'écriture et la différence*, Paris, Ed. du Seuil, 1967.

P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Préf. J.-M. Jacquet, Paris, Economica, 2002.

G. DIENA, « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Italie », *RCADI*, vol. 17, 1927, p. 343.

M. DOYTCHEVA (éd.), *Le multiculturalisme,* Paris, La Découverte, 2018.

A. L. DROZ, « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI*, tome 229, 1991, p. 13.

G. DURAND, *Les structures anthropologiques de l'imaginaire*, Paris, Dunod, [1969] 2016.

E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1960.

C. EBERHARD, G. VERNICOS (éd.), *La quête anthropologique du droit*, Paris, Kathala, 2006.

M. EDWARDS, *Future positive : International co-operation in the 21st century*, Londres, Earthscan Publications Ltd, 1999.

E. EHRLICH, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, New York, Arno Press, [1936] 1975.

- *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig, sans nom, 1913.

A. EISENBERG, J. SPINNER-HALEV, *Minorities within Minorities: Equality, Rights and Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, thèse, vol. 1, Paris, 2000.

R. EL-HUSSEINI-BEGDACHE, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Préf. J. Foyer, Paris, LGDJ, 2002.

M. ELIADE, *La nostalgie des origines*, Paris, Gallimard, 1971.

M. ELIESCO, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace, sans conflit de souveraineté (les conflits d'annexion)*, Paris, Picart, 1925.

R. ELLICKSON, *Order Without Law,* Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1991.

J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis,* Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1970.

D. J. EVRIGENIS, « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *RCADI* 1966, vol. 118, II, p. 313.

S. FALK MOORE, *Law as Process : an anthropological approach*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978.

F. FERRAND, H. FULCHIRON (dir.), La rupture du mariage en droit comparé, Paris, Société de législation comparée, 2015.

M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Paris, Ed. Karthala, 1994.

M.-C. FOBLETS, N. YASSARI (éd.), *Approches juridiques de la diversité culturelle / Legal approaches to cultural diversity* (vol. 2009), Nijhoff, Leiden/Boston, Brill, 2013.

- *Normativity and Diversity in Family Law : Lessons from Comparative Law*, Cham, Springer, 2022.

E. FOHRER DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008.

E. FOREY, *Etat et institutions religieuses. Contribution à l'étude des relations entre ordres juridiques*, dir. C. Courvoisier, Presses universitaires de Strasbourg, 2007.

P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2013.

Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.

- « Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante », *RCADI* 1964, vol. 112, p. 269.

L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du Droit*, Liège, Presses Universitaires de Liège, 2ème éd., 2021.

- *Le cap des tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruxelles, Bruyland, 2ème éd., 2012.

L. FRIEDMAN, *The legal system. A social science perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975.

T. FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree. Understanding Globalization*, Londres, Harper Collins Pubishers, 1999.

L. FULLER, *Anatomy of the Law*, New York, Toronto, The New American Library, 1969.

S. FULLI-LEMAIRE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*, Préf. Y. Lequette, LGDJ, 2022.

E. GAILLARD, « Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international », *RCADI*, vol. 329, 2007, p. 55.

P. GANNAGE (dir.), *Au fil du temps*, Beyrouth, Presses de l'Université de Saint-Joseph, 2013.

L. GANNAGE, « Les méthodes de droit international privé à l'épreuve du conflit de cultures », *RCADI*, vol. 357, 2013, p. 235.

A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2001.

H. GAUDEMET-TALLON, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI*, vol. 226, 1991, p. 179.

- « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *RCADI*, vol. 312, 2005, p. 1.

C. GEERTZ, *Local Knowledge : Further Essays in Interpretive Sociology*, New York, Basic Books, 3ème éd., 2000.

A. GIDDENS, *Runaway World : How Globalization is reshaping our lives*, New York, Routledge, 2000.

P. GLENN, *Legal Traditions of the World – Sustainable Diversity of Law*, Oxford, Oxford University Press, 4ème éd., 2010.

- « La conciliation des lois », *RCADI*, vol. 364, 2011, p. 192.

J. LE GOFF, *Georges Gurvitch. Le pluralisme créateur*, Paris, Michalon, coll. « Le bien commun », 2012.

P.-F. GONIDEC, *Les droits africains. Évolution et sources*, LGDJ, Bibliothèque africaine et malgache, vol. 1, 1968.

G. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, thèse, Nice, 1978.

C. GOVINDARAJ, *The Conflict of Laws in India: Inter-Territorial and Inter-Personal Conflicts*, New Delhi, Oxford University Press, 2ème éd., 2019.

J.-Ch. GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, Paris, La découverte, coll. « Repères », 4ème éd., 2013.

H.-A. GRIGERA NAON, *Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationals Privatrecht, Tubingue, Mohr, 1992.

C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT, M. TROPER, *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992.

J. GUILLAUME, *L'affaiblissement de l'Etat-nation et le droit international privé*, Préf. C. Grare-Didier, LGDJ, 2011.

G. GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, Dalloz, [1940] 2012.

- *La déclaration des droits sociaux*, Dalloz, [1946] 2009.
- *La vocation actuelle de la sociologie*, PUF, 1957.

D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité (Etude de droit des personnes et de la famille)*, Préf. F. Terré, LGDJ, 2000.

J. HABERMAS, *Logique des sciences sociales et autres essais*, Paris, PUF, 1987.

- *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. R. Rochlitz, Ch. Bochindhomme, Paris, Gallimard, 1997.

I. HACHEZ, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées, vol. 4 théorie des sources du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2012.

J.-L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, PUF, 1999.

M. HAURIOU, *Leçons sur le mouvement social*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1899.

L. HAVARD, *L'Etat associé, Recherches sur une nouvelle forme de l'Etat dans le Pacifique Sud*, Préf. F. Mélin-Soucramanien, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2018.

M. HELFAND (éd.), *Negotiating State and Non-State Law : The Challenge of Global and Local Legal Pluralism*, New York, Cambridge University Press, 2015.

C. HERFARTH, *Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, Heidelberg, Universitätsverlag C. Winter, 1999.

H.-J. HESSLER, *Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht — Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts,* Munich, Beck, 1985.

V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, Paris, GLN éd., 1990.

Y. HEYRAUD, *Le droit non-étatique dans les rapports internationaux privés : contribution à l'étude des fonctions du droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017.

S. HINGER, R. SCHWEITZER, *Politics of (Dis)Integration*, Cham, Springer, IMISCOE Research Series, 2020.

H. HORII, *Child Marriage as a Choice : rethinking agency in international human rights*, these, Leiden University, 2020.

M. HUNTER-HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, thèse, Paris 1, 2001.

M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Foreign Law in National Courts : A Comparative Perspective », *RCADI*, vol. 181, 2003, p. 181.

N. JANSEN, R. MICHAELS, *Beyond the State, Rethinking Private Law*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2008.

E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *RCADI* (251), 1995, p. 9.

- « Les langues et le droit international privé », *RCADI*, vol. 381, 2016, p. 16.
- *Zugehörigkeit und kulturelle Identität*, Göttingen, Wallstein Verlag, 2012.

M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé-Essai sur le rôle des représentations individuelles en droit international privé*, Préf. P. Lagarde, LGDJ, Paris, 1984.

H. KANTOROWICZ, *The definition of law*, A. H. Campbell, Cambridge University Press, 1958.

J.-P. KARAQUILLO, *Le droit du sport*, Dalloz, Connaissance du droit, Dalloz, Connaissance du droit, 4ème éd., 2019.

M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, Coll. Les Voies du droit, 1988.

M. VAN DE KERCHOVE *et al.*, *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, Presses de l´Université Saint Louis, 1981.

C. KESSEDJIAN, « Codification du droit commercial international et droit international privé », *RCADI*, vol. 300, 2002, p. 79.

A. KHERDI, *Les Aït Hdiddou. Organisation sociale et droit coutumier*, Institut Royal de la Culture Amazighe, Rabat, 2012.

P. KINSCH, *Le fait du Prince étranger*, LGDJ, 1994.

C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *RCADI*, vol. 359, 2013, p. 292.

A. L. KROEBER, C. KLUCKHOHN, *Culture : a Critical Review of Concepts and Definitions*, Papers of the Peabody Museum of American Archeology and Ethnology (éd.), Cambridge, Tome XLVII, n°1, 1952.

W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989.

- *Multicultural Citizenship : a Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- *La citoyenneté multiculturelle. Une théorie libérale du droit des minorités*, trad. P. Savidan, Paris, La Découverte, 2001.

R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie : aux sources d'un droit commun coutumier*, lieu inconnu, éditeur inconnu, 2001.

- *La coutume face à son destin - Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, LGDJ, 2010.

P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, vol. 196, 1986, p. 9.

- (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Paris, A. Pedone, 2013.
- « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *RCADI*, vol. 371, 2014, p. 30.

J.-W. LAPIERRE, *Vivre sans Etat ? Essai sur le pouvoir politique et l'innovation sociale*, Paris, Seuil, 1977.

F. LATTY, *La lex sportiva : recherche sur le droit transnational*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Études de droit international, 2007.

C. LEGENDRE, *La coordination du mouvement sportif international et des ordres juridiques étatiques et supra-étatiques*, LGDJ, 2020.

R. LEGENDRE, *Droits fondamentaux et droit international privé*, Préf. L. Gannagé, Dalloz, 2020.

J. LE GOFF, S. ONNEE (dir.), *Puissances de la norme, Défis juridiques et managériaux des systèmes normatifs contemporains*, Caen, Editions EMS, 2017.

P. LEGRAND, *Comparer les droits, résolument*, Paris, PUF, 2009.

J. LENOBLE, F. OST, *Droit, mythe et raison, essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980.

Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme? », *RCADI*, vol. 387, 2015, p. 9.

L. LERICHE, *L'impact normatif de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. De l'effectivité d'une déclaration en droit international*, Paris, Pedone, 2020.

H. LERNER, *Making Constitutions in Deeply Divided Societies,* Cambridge, New York, Cambridge University press, 2011.

E. LEVINAS, *Totalité et infini : essai sur l'extériorité*, La Haye, M. Nijhoff, 1961.

- *En découvrant l'existence avec Hegel et Heidegger*, Paris, Vrin, 1974 ; édition suivie d'*Essais Nouveaux*, Paris, Vrin, 2006.

R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013.

N. LUHMANN, *Vertrauen : Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Munich, Constance, UVK Verlag, 5ème éd., 2014.

N. MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, H. L. A. Hart, 2nde éd., 1994.

N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Grundlagen des Institutionalistischen Rechtspositivismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

- *Pour une théorie institutionnelle du droit, Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992.

M. MAFFESOLI, *Le temps revient - Formes élémentaires de la postmodernité*, Paris, Desclée De Brouwer, 2010.

H. MAINE, *Ancient Law : Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*, Londres, J. Murray, 1930.

M. MAISONNEUVE, *L'arbitrage des litiges sportifs*, LGDJ, Thèses – Bibliothèque de droit public, 2011.

M. MALIK, *Minority Legal Orders in the UK : Minorities, Pluralisme and the Law*, Londres, British Academy, 2012.

H. MARCUSE, *L'homme unidimensionnel*, trad. M. Wittig, Paris, Editions de minuit, 1968.

M. MARTINIELLO, *L'ethnicité dans les sciences sociales contemporaines*, Paris, PUF, 1995.

A. MARZAL YENATO, *La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, 2014.

E. MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003.

P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Préf. H. Batiffol, Dalloz, 1973.

- « Le phénomène de la coordination entre ordres juridiques étatiques en droit privé », *RCADI*, 2003, vol. 327, p. 9.
- *et alii, Choix d'articles de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2015.

P. MERCIER *et alii*, *Conflits de civilisations et droit international privé*, *Polygamie et Répudiation*, Genève, Droz, 1972.

G. MICHAUD (dir.), *Identités collectives et relations inter-culturelles*, Bruxelles, Editions Complexe, 1978.

F. MICHAUT, *Le droit dans tous ses états à travers l'œuvre de R. M. Cover*, Paris, L'Harmattan, 2001.

D. MOCKLE, *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

C. R. MÖLLER, *Lex sportiva. Zur Verfassung der transnationalen Dopingregulierung*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2022.

V. M. MOGHADAM (éd.), *Identity Politics and Women : Cultural Reassertions and Feminisms in International Perspective*, Boulder, Westview Press, 1994.

- *Gender and national identity : Women and Politics in Muslim Societies*, Londres, Zed Books, 1994.

E. MORIN, *La méthode, Tome 5. L'humanité de l'humanité : L'identité humaine*, Paris, Seuil, 2001.

C. MOUFFE, *The democratic paradox*, Londres, New York, Verso, 2000.

A. MUCCHIELLI, *L'identité*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 2021.

C. MÜNZER, *Handeln unter falschem Recht*, Francfort-sur-le-Main, Lang, 1992.

H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse, Paris II, 1985.

- « Aspects économiques du droit international privé : réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions », *RCADI*, vol. 307, 2004, p. 25.
- « Discours sur les méthodes du droit international privé (des formes juridiques de l'inter-altérité) », *RCADI*, vol. 389, 2019, p. 1.

H. MUIR WATT *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020.

M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Préf. Y. Lequette, Dalloz, 2005.

G. NAVARRO-UGE, *L'idée de droit social de Georges Gurvitch : la société comme source de droit*, thèse Paris 1, *n.p.*, 2021.

M. N'DIAYE, *La réforme du droit de la famille : une comparaison Sénégal-Maroc*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2016.

J. NGAIER HEUER, *The Family and the Nation : Gender and Citizenship in Revolutionary France, 1789-1830*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 2005.

M.-L. NIBOYET-HOEGY, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Préf. de B. Goldman, Paris, Economica, 1986.

Y. NISHITANI, « Identité Culturelle en Droit International Privé de la Famille », *RCADI*, vol. 401, 2019, p. 135.

R. NOBLES, D. SCHIFF (éd), *Law, Society and Community*, Farnham/Burlington, Ashgate, 2014.

A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens, étude de droit international privé comparé*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2003.

F. OBICH, *Les statuts personnels dans les pays arabes : De l'éclatement à l'harmonisation*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008.

S. M. OKIN, *Is Multiculturalism Bad for Women ?*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », *RCADI*, vol. 234, 1992, p. 331.

- *Droit et modernité*, Paris PUF, 1998.
- *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999.

P. ORIANNE, *Introduction au système juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1982.

J. C. ORTEGA, *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones*, Université Panthéon-Assas, *n.p.*, 2005.

F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

Ch. PAMBOUKIS, *L'acte public étranger en droit international privé*, préf. P. Lagarde, Paris, LGDJ, 1993.

C. PANOU, *Le consentement à l'arbitrage. Etude méthodologique du droit international privé de l'arbitrage*, Paris, IRJS éd., 2011.

V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, Paris, IRJS éd., tome 46, 2013.

R. PATAI, J. WING, *The Myth of the jewish race*, New York, Scribner, 1975.

E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, LGDJ, 1999.

- *La nationalité en déclin*, Paris, Odile Jacob, 2014.

D. PEARL, *Interpersonal Conflict of Laws in India, Pakistan and Bengladesh*, Londres, Stevens and Sons, 1981.

Ch. PERELMAN, *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, 2ème éd., 1979.

T. PFEIFFER, *Internationale Zuständigkeit und prozessuale Gerechtigkeit*, Francfort sur le Main, Vittorio Klostermann, 1995.

A. PHILLIPS, *Multiculturalism Without Culture*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

P. PICONE, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986, vol. 197, p. 219.

- « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *RCADI*, 1999, vol. 276, p. 1.

J. POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Y. PRE, *L'impératif de protection des légitimes prévisions des parties en droit des conflits de lois*, Thèse, Paris 1, *non publiée*, 2022.

A. R. RADCLIFFE-BROWN, *Structure et fonction dans la société primitive*, Paris, Minuit, 1968.

S. RAMACIOTTI, *Laïcité et droit privé*, Dalloz, 2022.

F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé,* Bruxelles, F. Larcier, 1956.

- *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Publications de la revue générale de droit international public, n°26, Paris, 1977.
- « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI*, vol. 213, 1989, p. 9.
- *La loi des juges*, Paris, Editions Odile Jacob, 1997.

P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 1, coll. Logiques sociales, Paris, Montréal, L'Harmattan, 1997.

S. ROBERTS, *Law and the Family in Africa*, Leiden, Mouton Publishers, 1977.

- *Order and Dispute : an Introduction to Legal Anthropology*, New Orleans, Qui Pro Books, 2ème éd., [1979] 2013.

S. ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Dalloz, 2ème éd., 2002.

G. P. ROMANO, *Le dilemme du renvoi en droit international privé : la thèse, l'antithèse et la recherche d'une synthèse*, Genève, Schulthess, Ed. Romandes, 2015.

L. ROSEN, *Law as Culture*, *An invitation*, Princeton University Press, Oxford, Princeton, 2006.

N. ROULAND, *L'anthropologie juridique*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1995.

- *Aux confins du droit*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1991.
- (dir.), S. Pierre-Caps, J. Poumarède, *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, PUF, 1996.
- *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 1998.

E. RUDE-ANTOINE, G. CHRETIEN-VERNICOIS (sous la coordination de), *Anthropologies et droits*, Dalloz, 2009.

V. RUIZ ABOU-NIGM, M. B. NOODT TAQUELA (éd.), *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2019.

G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé, Une perspective postmoderne*, Préf. H. Muir Watt, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.

S. SARDAR ALI, *Modern Challenges to Islamic Law*, Collection Law in Context, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

H. SCHEPEL, *The Constitution of Private Governance. product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart publishing, 2005.

R. SCIALOM, *Anthologie de droit hébraïque* (II), Paris, Ed. La mémoire du droit, 2020.

D. SCIULLI, *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

A. SHACHAR, *Multicultural jurisdictions, Cultural Differences and Women's Rights*, New York, Cambridge University Press, 2001.

P. SHAH, M.-C. FOBLETS, M. ROHE (éd.), *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016.

J. SHKLAR, *Legalism*, Cambridge, Harvard University Press, 1964.

D. SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, thèse, LGDJ, 2008.

F. DE SINGLY, *Libres ensemble, l'individualisme dans la vie commune*, Paris, Armand Colin, « Individu et Société », 2016.

A. SOBCZAK, *Réseaux de sociétés et Codes de conduites : un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes*, Institut Universitaire Européen de Florence, 2001.

B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a new Legal Common Sense*, Londres, Butterworths, 2002.

- *If God Were a Human Rights Activist*, Stanford, Stanford University Press, 2015.

I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé : le gueth, ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Lugano, Edis, 2005.

J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic : in regard to contracts, rights, and remedies, and especially in regard to marriages, divorces, wills, successions, and judgments*, Boston, Little Brown, 1872.

B. Z. TAMANAHA, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2001.

M. TAYLOR, *Community*, *Anarchy and Liberty*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

C. TAYLOR, Multiculturalisme : différence et démocratie, Paris, Flammarion, 1997.

G. TEUBNER, *Law as an Autopoietic System*, ed. Z. Bankowski, transl. A. Bankowska, R. Adler, Cambridge, Blackwell, 1993.

- (éd.), *Global law without a state*, Aldershot, Dartsmouth, 1997.
- *Constitutional Fragments : Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Ph. THERY, *Pouvoir juridictionnel et compétence (étude de droit international privé)*, thèse, Paris II, 1981.

C. THIBIERGE, *La Force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.

G. TIMSIT, *Thèmes et systèmes de droit*, Paris, PUF, 1986.

F. TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft*, Darmstadt (Allemagne), Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963.

T. TODOROV, *Nous et les autres*, Points, Lonrai, [1989] 2011.

M. TROPER, *La théorie, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001.

M. TROPER, V. CHAMPEIL-DESPLATS, C. GRZEGORCZYK (dir), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

W. TWINING, *General Jurisprudence : Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. Muir Watt, Paris, Economica, 2008.

H. VAIHINGER, *The Philosophy of « As if » : A System of the Theoretical, Practical and Religious Fictions of Mankind*, New York, Harcourt Brace and Co, 1924.

J. VANDERLINDEN, Les systèmes juridiques africains, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 1983.

P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *La compétence normative de l'Etat en matière de droit privé – droit international public et droit international privé*, LGDJ, 1997.

J. VERHOEVEN, « Relations internationales de droit privé en l'absence de reconnaissance d'un Etat, d'un gouvernement ou d'une situation », *RCADI*, 1985, vol. 196, p. 9.

D. VILLEGAS, *L'ordre juridique mafieux. Étude à partir du cas de l'organisation criminelle colombienne des années 1980 et 1990*, Dalloz, 2018.

M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, rééd., 2002.

M. VIRALLY, *Le phénomène juridique*, LGDJ, 1966.

- *La pensée juridique*, LGDJ, 1998.

K. WÄHLER, *Interreligiöses Kollisionsrecht im Bereich privater Rechtsbeziehungen*, Berlin, Gullus Druckerei, 1977.

M. WEBER, *Économie et société*, trad. J. Chavy, t. 1, Paris, Plon, 1971.

- *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubingue, Mohr, 1972.
- *Sociologie du droit,* trad. J. Grosclaude, Paris, PUF, 2013.

L. WEILL, *Le divorce des Israélites russes en France*, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1909.

D. WOLTON, *L'autre mondialisation*, Manchecourt, Flammarion, 2003.

N. YASSARI, R. MICHAELS (éd.), *Die Frühehe im Recht – Praxis, Rechtsvergleich, Kollisionsrecht, höherrangiges Recht* (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, 135), Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

N. YUVAL-DAVIS, F. ANTHIAS, *Woman-Nation-State*, Cambridge, Macmillan, 1989.

K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2009.

III- ARTICLES

R. L. ABEL, « A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society », *Law & Society Review*, vol. 8, n°2, 1974, p. 217.

H. ALAMI M'CHICHI, « Les féminismes marocains contemporains. Pluralité et nouveaux défis », *Nouvelles Questions Féministes*, vol. 33, no. 2, 2014, p. 65.

G. S. ALEXANDER, « The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts », *Northwestern University Law Review*, 70, 1975, p. 602.

P. ALLARD, B. DJILALI « La finance islamique : modèle alternatif, postiche ou pastiche ? », *Revue française d'économie*, vol. xxv, n°4, 2010, p. 11.

M. ALLIOT, « Un droit nouveau est-il en train de naître en Afrique ? », in G. Conac (dir.), Dynamiques et finalités des Droits africains, Economica, Paris, 1980, p. 467.

- « Anthropologie et juristique. Sur les conditions de l'élaboration d'une science du droit », *Bulletin de Liaison LAJP*, n°6, 1983, p. 83.
- « L'anthropologie juridique et le droit des manuels », *in* M. Alliot, *Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Karthala, 2003, p. 307.
- « Anthropologie et juristique. Sur les conditions d'élaboration d'une science du droit », *in Le droit et le service public au miroir de l'anthropologie*, Paris, Karthala, 2003, p. 283.

B. ANCEL, Compte rendu de l'article de P. Picone : ordinamento competente e diritto internazionale privato, *RCDIP*, 1988, p. 193.

- Compte rendu de l'ouvrage : Brilmayer (Lea) : Conflict of Laws. Foundations and Future Directions, RCDIP, 1993, p. 849.
- « Le statut de la femme du polygame », *in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales,* colloque LERADP, LGDJ, 1993, p. 105.
- « Destinées de l'article 3 du Code civil », *in* M.-N. Jobard-Bachellier *et al.*, *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1.
- Compte rendu de la thèse de A. Marzal Yenato, *RCDIP* 2015, p. 295.

B. ANCEL, H. MUIR WATT, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois – Chronique d'une séparation », *in* B. Ancel *et al.*, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 135.

K. A. APPIAH, « Cosmopolitan Patriots », *in* P. Cheah & B. Robbins (éd.), *Cosmopolitics : Thinking and Feeling beyond the Nation*, Minneapolis, Londres, University of Minnesota Press, 1998, p. 92.

A.-J. ARNAUD, « Du lien tribal dans le village planétaire », *in* C. Eberhard, G. Vernicos (éd.), *La quête anthropologique du droit*, Kathala, Paris, 2006, p. 27.

S.-J. ARRIEN, « Ricœur et l'identité narrative », *Le Point*, 21/07/2017 (https://www.lepoint.fr/philosophie/ricoeur-et-l-identite-narrative-21-07-2017-2144946_3963.php, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

H. ARSHEIM, « Legalities Unbound ? », *Journal of Law, Religion ans State*, 2019 (7), p. 57.

B. ATKIN, G. AUSTIN, « Cross cultural Challenges to Family Law in Aotearoa/New Zealand », *in* N. Lowe, G. Douglas (éd.), *Families Across Frontiers*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1996, p. 327.

M. BADDELEY, « Droits de la personnalité et arbitrage : le dilemme des sanctions sportives », *in* P. Gauch *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Genève, Schulthess, 2008, p. 707.

K. BAELZ, « "Failing States" im internationalen Wirtschaftsrecht », *Recht der Internationalen Wirtschaft,* 2015, p. 257.

- « Zerfallende Staaten im internationalen Rechtsverkehr : Völkerrecht und Internationales Privatrecht », *IPRax* 2016, p. 531.

A. BAILLEUX, « À la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau ! », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2005, n°55, p. 91.

L. A. BAMBACH, « The Enforceability of Arbitration Decisions Made by Muslim Religious Tribunals : Examining the Beth Din Precedent », *Journal of Law and Religion*, 2009/2010 (vol. 25), p. 379.

B. BARRAUD, « Le droit sans le territoire. Globalisation et postmodernité juridiques », *Jurisdoctoria* n°10, 2013.

I. BARRIERE-BROUSSE, « Le juge civil face aux règles religieuses : aspects de droit international privé », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 4, 2009-2010, p. 399.

E. BARTIN, note sous Paris, 17 mai 1902, *D. P.* 1903 (II), p.49.

J. BASDEVANT, note sous CA Paris, 9 janv. 1943, *Dame Garcia-Fuentes*, *D.*, 1944, p. 56.

J. BASEDOW, B. DIEHL-LEISTNER, « Das Staatsangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland », *in* E. Jayme, H.-P. Mansel (éd.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 13.

H. BATIFFOL, « Les intérêts de droit international privé », *Internationales Privatrecht und Rechtsvergeichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts : Bewahrung oder Wende ? Festschrift für Gerhard Kegel*, Alfred Metzner Verlag, 1977, p. 11.

N. BAUER, « « Affaire Baby-Loup » et burqa : la divergence profonde entre Genève et Strasbourg affaiblit la liberté de religion », *Société, droit et religion*, 2019/1 (n°9), p. 83.

O. BEAUD, « La notion d'Etat », *APD*, Tome 35, 1990, p. 119.

E. BECK-GERNSHEIM, « From Rights and Obligations to Contested Rights and Obligations : Individualization, Globalization, and Family Law », *Theoretical Inquiries in Law*, 2012, vol. 13, p. 1.

J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18 (1), 1986, p. 11.

- « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique », *in* P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?,* Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 353.
- « Le "droit social" de Gurvitch : trop beau pour être vrai ? », *Droit et société*, vol. 88, n°3, 2014, p. 731.

A. BENCHENEB, « Le contrat international de construction », *Revue internationale de droit économique*, vol. 32, n°1, 2018, p. 5.

F. VON BENDA-BECKMANN, « Symbiosis of indigenous and western law in Africa and Asia : an essay in legal pluralism », *in* W. J. Mommsen and J. A. De Moor (éd.), *European Expansion and Law : The Encounter of European and Indigenous laws in 19th and 20th Century Africa and Asia*, Oxford/New York, Berg Publishers, 1992, p. 307.

W. BEN HAMIDA, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », *Annuaire Droit et Religions*, 2017-2018, vol. 9, p. 410.

Y. BEN HOUNET, « La tribu comme champ social semi-autonome », *L'Homme*, 2010 (194), p. 57.

A. BENNANI, « Les contrats FIDIC, fondement d'une lex constructionis en devenir », *Cahiers de l'Arbitrage*, 2018-1, p. 41.

P. S. BERMAN, « The Globalization of Jurisdiction », *University of Pennsylvania Law Review*, 2002, vol. 151, p. 311.

- « Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws : Redefining Governmental Interests in a Global Era », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, p. 1819.
- « From international law to law and globalization », *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, 2005, p. 485.
- « Conflict of Laws, Globalization, and Cosmopolitan Pluralism », *Wayne Law Review*, 51, 2005, p. 1105.
- « Global legal pluralism », *Southern California Law Review*, 80, 2007, p. 1155.
- « The New Legal Pluralism », *Annual Review of law and Social Science,* 2009, p. 225.
- « Non-State lawmaking through the Lens of Global Legal Pluralism », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law*, Cambridge, 2015, p. 17.

C. BERNARD, « Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps », *Trav. Com. fr. DIP* 1977, p. 59.

A. BERNARD, « Fleurs de papier, fleurs de tombeaux », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 13.

N. BERNARD-MAUGIRON, « L'amendement du règlement sur le statut personnel des coptes orthodoxes en Égypte : à quand une loi unifiée de la famille ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2010, p. 75.

E. BERNHEIM, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2011/2 (vol. 67), p. 1.

L. BERNSTEIN, « Opting Out Of The Legal System : Extralegal Contractual Relations In The Diamond Industry », *Journal of Legal Studies*, 21, 1992, p. 115.

- « Private Commercial Law in the Cotton Industry : Creating Cooperation Through Rules, Norms and Institutions », *Michigan Law Review* 2001, p. 1724.

D. BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *APD*, n°49, 2005, p. 275.

- « Les effets en droit international privé français de l'appartenance d'une personne à un prétendu groupe ethnique ou d'une appartenance comparable », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 247.

- « Requiem pour l'*Inlandsbeziehung* (Civ. 1, 27 sept. 2017, n°16-19.654) », *RCDIP*, 2018, p. 882.

A. BOICHE, « Aspects de droit international privé », *AJ fam.* 2013, p. 362.

S. BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode unilatérale », *RCDIP* 2007, p. 307.

- « Les conditions de la reconnaissance, notamment à la lumière des conventions internationales », *in* P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Ed. A. Pedone, Paris, 2013, p. 113.
- « Les nouveaux rapports de droit en droit international privé – entre ouverture et fermeture des ordres juridiques nationaux », *in* E. Jeuland, S. Messaï-Bahri (dir.), *Les nouveaux rapports de droit*, Paris, IRJS Éditions, 2013, p. 143.
- « Retour au cap des tempêtes », *in* V. Heuzé *et al*., *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 65.
- « Le développement de l'arbitrage dans des nouvelles matières considéré sous l'angle du contrôle des sentences », *La Semaine Juridique, édition générale*, supplément au n°7-8, 17 février 2020, p. 41.
- « L'hypothèse de l'indétermination du système juridique », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 139.

A. BONNICHON, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *RCDIP*, 1950, p. 11.

J. BORROWS, « Listening for a Change : The Courts and Oral Tradition », *Osgoode Hall Law Journal,* 39.1, 2001, p. 1.

- « Creating an Indigenous Legal Community », *McGill Law Journal*, 2005*, p. 160.*

P. BOSSET, « Le droit et la régulation de la diversité religieuse en France et au Québec : une même problématique, deux approches », *Bulletin d'histoire politique* (numéro spécial intitulé La Laïcité au Québec et en France), vol. 13 (3), 2005, p. 79.

B. BOUBOU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le système juridictionnel mauritanien », *Les cahiers de la justice*, 2021/1, n°1, p. 37.

P. BOURDIEU, « L'identité et la représentation », *Langage et pouvoir symbolique*, Fayard, 1982, p. 281.

- « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1986, n°64, p. 3.

S. BRACHOTTE, « Les rationalités entremêlées : le droit international privé et les conflits sans issue », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 247.

- « The Limits of Arbitration Law in Addressing Cultural Diversity : The Example of Ismaili Arbitration in the United Kingdom », *Laws*, 2021, vol. 10 (n°2), p. 47.
- « Pour une approche décoloniale du droit international privé », *RCDIP*, 2023, p. 297.

S. BRINT, « Gemeinschaft Revisited: A Critique and Reconstruction of the Community Concept », *Sociological Theory*, 2001, p. 3.

M. J. BROYDE, « Jewish Law Courts in America : Lessons Offered to Sharia Courts by the Beth Din of America Precedent », *New York Law School Law Review*, 2012-2013 (57), p. 287.

P. BRUNET, « Les droits bioculturels, fondement d'une relation responsable des humains envers la Nature ? », *in* C. Vial, J.-M. Marguénaud (dir.), *Droits des êtres humains et droits des autres entités : une nouvelle frontière ?*, Mare et Martin, 2021, p. 125.

A. BUCHER, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *Trav. com.fr. DIP*, 1994-1995, p. 209.

A. BUECHLER, « Kulturelle Vielfalt und Familienrecht », *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, vol. 43, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, p. 215.

- « Islamic family law in Europe ?, From dichotomies to discourse – or : beyond cultural and religious identity in family law », *International Journal of Law in Context* 8, 2012, p. 196.

M. BULMER, J. SOLOMOS, « Introduction : Re-thinking Ethnic and Racial Studies », *Ethnic and Racial Studies*, 1998, vol. 5, n°21, p. 819.

H. BURCUOĞLU *et alii*., « Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit de la famille. Rapport de la Turquie », *in Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, *Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif*, vol. 67, Bruylant, Bruxelles/Paris, 2017, p. 251.

D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », *in L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, 1999, p. 285.

- « Les lois de police étrangères entre ombres et lumières », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 709.

D. BUREAU, H. MUIR WATT, « Un contrat de coopération commerciale ne peut être régi par les Principes Unidroit choisis par les parties », RCDIP, 2023, p. 475.

L. BUSKENS, « Sharia and National Law in Morocco », *in* J. M. Otto (éd.), *Sharia Incorporated. A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, 2010, p. 131.

M. BUSSANI, « Les fermetures de la comparaison juridique », *in Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Paris, Dalloz, 2013, p. 215.

D. BUSSE, « New Political Entities and the Conflict of Laws – A German View », *in* A. Shapira, M. Tabory (éd.), *New Political Entities in Public and Private International Law : with Special Reference to the Palestinian Entity*, Kluwer Law International, The Hague, Boston, 1999, p. 115.

C. CALHOUN, « Social Theory and the Politics of Identity », *in* C. Calhoun (dir. publ.), *Social Theory and the Politics of Identity*, Oxford, Blackwell, 1994, p. 9.

G.-P. CALLIESS, « Reflexive Transnational Law », *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2002, p. 185.

F.-K. CAMARA, A. CISSE, « *Arbitrage et médiation dans les cultures juridiques négro-africaines : entre la prédisposition à dénouer et la mission de trancher* », *Revue de l'arbitrage*, n°2, 2000, p. 286.

M.-N. CAPOGNA, « Identité juridique et identité culturelle de la personne physique : quels rapports ? », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 911.

J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *in Flexible droit*, 10ème éd., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 25.

J.-Y. CARLIER, « De l'ordre public à l'accommodement réciproque, Propos cousus sur l'Islam, les femmes et le droit international privé », *in La diversité dans le droit, Mélanges offerts à Kalthoum Meziou-Dourai*, La Manouba, Centre de Publication Universitaire, 2013, p. 207.

R. CARRE DE MALBERG, « Réflexions très simples sur l'objet de la science juridique », *in Mélanges en l'honneur de François Gény*, Paris, Recueil Sirey éd., 1934, p. 192.

L. CASINI, « The Making of a Lex Sportiva by the Court of Arbitration for Sport », *German Law Journal*, vol. 12(5), 2011, p. 1334.

J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD Com.* 1985, p. 265.

K. A. CERULO, « Identity Construction : New Issues, New Directions », *Annual Review of Sociology*, 1997, vol. 23, p. 385.

S. CHAILLE DE NERE, « Tradition culturelle et loi étatique : conflit de normes autour du don d'enfant polynésien (Civ. 1re, 21 septembre 2022, n° 21-50.042) », *RCDIP*, 2023, p. 227.

S. CHAKER, « Survivance et renouveau du droit coutumier en milieu berbère (Kabylie) », *in* M. Flory, J.-R. Henry (dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, Ed. du CNRS, 1989, p. 351.

C. CHAMBRAUD, « *Le Conseil français du culte musulman pourrait s'autodissoudre le 19 février* », *Le Monde.fr*, 18 janvier 2022 (https://www.lemonde.fr/societe/article/2022/01/18/le-conseil-francais-du-culte-musulman-pourrait-s-autodissoudre-le-19-fevrier_6109920_3224.html, consulté le 31/08/2024).

A. CHANDER, « Diaspora Bonds », *New York University Law Review*, 2001, p. 1005.

A. CHEBEL D'APPOLLONIA, « Les morales de l'Autre, les identités nationales », *in* B. Badie et M. Sadoun (dir.), *L'Autre, Etudes réunies pour A. Grosser*, Presses de Sciences Po, 1996, p. 137.

B. CHELINI-PONT, « Is *Laïcité* the Civil Religion of France ? », *The George Washington International Law Review*, 2010 (41), p. 756.

- « L'expérience des cours islamiques en Grande-Bretagne », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 8, 2015-2016, p. 171.
- « L'expérience des cours d'arbitrage islamiques en Grande-Bretagne depuis 2008 », *in* O. Benoist (dir.), *Justice et diversité culturelle*, P. U. d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2016, p. 129.

J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *in* Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, épistémologie et sciences sociales, *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 7.

- « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *RDP*, n°3, 1998, p. 671.
- Avant-propos, *in* C. Thibierge (*et alii*), *La garantie normative, Exploration d'une notion-fonction*, Mare & Martin, 2021, p. 15.

L.-L. CHRISTIANS, « Dimensions philosophiques et religieuses des approches juridiques de l'identité », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 63.

- « La *charia* désétatisée : usage collectif et conscience individuelle en Belgique (et en France) », *in* B. Dupret (éd.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*. La Découverte, 2012, p. 227.

D. COESTER-WALTJEN, « Das religiöse jüdische Recht im internationalen Privat- und Verfahrensrecht », *Festschrift Gunter Kühne*, Recht und Wirtschaft GmbH, Frankfurt am Main, 2009, p. 669.

B. COLLET, E. SANTELLI, « Le mariage "halal", réinterprétation des rites du mariage musulman dans le contexte post-migratoire français », *Recherches familiales*, vol. 9, n°1, 2012, p. 83.

S. CORNELOUP, note sous Civ. 1, 3 oct. 2018, n°17-24.246, *RCDIP* 2019, p. 761.

- « Quelques réflexions sur la résidence habituelle des demandeurs d'asile et des réfugiés », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 393.

R. COTTERRELL, « A Legal Concept of Community », *Canadian Journal of Law and Society*, Automne, vol. 12, n°2, 1997, p. 75.

- « Does global legal pluralism need a concept of law ? », *in* U. Baxi, C. Mccrudden, & A. Paliwala (éd.), *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts: Essays in Honour of William Twining* (Law in Context), Cambridge, Cambridge University Press, 2015, p. 303.

R. COVER, « The Supreme Court 1982 Term, Forward : Nomos and Narrative », *Harvard Law Review*, 97, 1983, p. 4.

M. CROCE, « Afterword », *in* S. ROMANO, *The Legal Order*, trad. M. Croce, Abingdon, Routledge, 2017, p. 111.

T. CUMMINGS, « Utilizing Systems Theory Insights and Reflexive Law to Negotiate the "Collision between... Un-Connecting Worlds" in Family Law », *Journal of Law, Religion and State*, 2021, vol. 9, p. 212.

G. CUNIBERTI, M. WINKLER, note *JDI* 2005, p. 1177.

B. CURRIE, « Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws », *Duke Law Journal*, 1959, p. 171.

L. D'AVOUT, « La législation européenne de droit international privé : bref bilan d'une décennie (2000-2010) », *Revue de droit d'Assas*, 2012 (5), p. 70.

S. DARWESH, « Les Yézidis, entre reconnaissance de l'identité et émigration », *Confluences Méditerranée*, vol. 105, n°2, 2018, p. 131.

M. DELMAS-MARTY, « La grande complexité juridique du monde », *in* P. Bourgine, D. Chavalarias, C. Cohen-Boulakia (dir.), *Déterminismes et complexités : du physique à l'éthique*, La découverte, coll. « Recherches », 2008, p. 103.

A. DEPONDT, « Création d'une chambre d'arbitrage et de conciliation spécialisée en droit de la famille », *JCP*, 2015, p. 429.

J. DEPREZ, « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Revue de droit canonique*, 45, 1995, p. 7.

B. DERAINS, obs. sous CCI, n°14748, 2009, *JDI* 2016, p. 623.

J. DERRIDA, « Force of Law : the "Mystical Foundation of authority" », *in* D. Cornell, M. Rosenfeld, D. G. Carlson (éd.), *Deconstruction and the Possibility of Justice*, New York, Routledge, 1992, p. 3.

J. DESCHENES, « Qu'est-ce qu'une minorité ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 27, n°1, PUL, 1986, p. 255.

F. DESSEMONTET, « The Application of Soft Law, Halakha and Sharia by International Arbitral Tribunals », *American Review of International Arbitration*, vol. 23, 2012, p. 545.

P. DEUMIER, « Le contentieux préalable du changement de statut », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, 2016, p. 21.

E. DIENI, « L'arrêt Pellegrini contre Italie de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue de droit canonique*, 2001, p. 141.

H. DÖLLE, « Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit », *Rabels Zeitschrift*, 1962, p. 201.

D. DOS SANTOS, « La place du droit coutumier dans la formation des Etats africains », spéc. p. 14, (http://www.adelinotorres.info/sociologia/daniel_dos_santos_la_place_du_droit_coutumier_dans_la_formation_des_etats-africains.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

A. DUFOUR, « Pour ou contre de nouveaux Codes : Autour d'un des écrits programmatiques les plus négligés de Savigny », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, 2009, p. 77.

B. DUPRET, « What is Islamic Law ? », *Theory, Culture and Society*, vol. 24(2), 2007, p. 81.

- « Réflexions sur le concept de droit à partir de quelques cas limites », *Droit et société*, 2016/3 (N°94), p. 645.

Ch. EBERHARD, « Justice, Droits de l'Homme et globalisation dans le miroir africain : l'image communautaire », *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, n°45, 2000, p. 57.

Ch. EBERHARD, E. LE ROY, « Visions du monde, théorie des pouvoirs et représentations du droit », *in* E. Rude-Antoine, G. Chrétien-Vernicois (sous la coordination de), *Anthropologies et droits*, Paris, Dalloz, 2009, p. 107.

E. EHRLICH, « Les tendances actuelles de droit international privé », *Revue de droit international privé*, 1908, n°4, p. 915.

B. ELBALTI, « La validité formelle des mariages traditionnels musulmans conclus à l'étranger en droit international privé tunisien à la lumière du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 68 n°3, 2016, p. 809.

L. EL BOUHSINI, « Une lutte pour l'égalité racontée par les féministes marocaines », *Rives méditerranéennes*, 2016, vol. 52, p. 121.

A. EL HAJJAMI, « Gender equality and Islamic law – The case of Morocco », *in* K. Vogt, L. Larsen, C. Moe (éd.), *New Directions in Islamic Thought. Exploring Reform and Muslim Tradition*, Tauris, 2009, p. 81.

J.-L. ELHOUEISS, « L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *JDI* 2003, p. 39.

R. EL-HUSSEINI BEGDACHE, « Le droit international privé et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999, p. 427.

- « "Barre oblique" et droits fondamentaux – retour sur la composante religieuse de l'identité au Liban », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 61.

J. ELLIS, « Stateless Law : From legitimacy to Validity », *in* H. Dedek, S. Van Praagh (éd.), *Stateless Law, Evolving Boundaries of a Discipline*, Farnham Burlington, Ashgate, 2015, p. 133.

K. ELMALIAH, F. S. THOMAS, « Die Anerkennung von Ehescheidungen aus dem außereuropäischen Ausland – am Beispiel der israelischen Scheidung », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, p. 739.

M. EL QADERY, « Azerf et le mythe de la "justice coutumière berbère" : Réflexions sur le droit au Maroc », (http://www.mondeberbere.com/azerf-mythe.html, consulté pour la dernière fois le 31/08/2021).

O. ELWAN, H. OST, « Die Scheidung deutsch-jordanischer Ehen vor deutschen Gerichten, unter besonderer Berücksichtigung des griechisch-orthodoxen Kirchenrechts », *IPRax*, 1996, p. 389.

C. ENGELS, « Die Bedeutung völkerrechtlicher Anerkennungen für das Internationale Privatrecht », *in* C. Engel, H. Weber (éd.), *Festschrift Dietrich Rothoeft*, Jehle-Rehm, München, 1994, p. 87.

A. L. ESTIN, « Embracing Tradition : Pluralism in American Family Law », 63 *Modern Law Review*, 2004, p. 540.

- « Unofficial Family Law », *Iowa Law Review*, vol. 94, n°2, 2009, p. 449.

M. FADEL, « German Judge and Legal Orientalism », 29/03/2007, (http://www.eteraz.org/story/2007/3/26/185544/889, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

S. FALK MOORE, « Selection for Failure in a Small Social Field : Ritual, Concord, and Fraternal Strife among the Chagga Kilimanjaro, 1968–1969 », *in* B. G. Myerhoff and S. Falk Moore (éd.), *Symbols and Politics in Communal Ideology*, 1975, p. 109.

M. FALLON, J. MEEUSEN, « Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition », *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, p. 37.

M. FARGE, « L'arbitrage et le contentieux familial international : deux mondes qui pourraient se rapprocher ? », in Un droit en perpétuel mouvement, Mélanges offerts à Geneviève Pignarre, LGDJ, 2018, p. 323.

B. FAUVARQUE-COSSON, P. DEUMIER, « Un nouvel instrument du droit souple international : Le "projet de Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux" », *D.*, 2013, p. 2185.

A. FEILLARD, E. NURLAELAWATI, « Modernization, Tradition and Identity, the Kompilasi Hukum Islam and Legal Practice in the Indonesian Religious Courts », *Archipel*, vol. 83, 2012, p. 204.

Y. FEIT, « The Prohibition against going to secular courts », *The Journal of The Beth Din of America*, 2012 (1), p. 30.

E. FELDMAN, « The Tuna Court : Law and Norms in the World's Premier Fish Market », *California Law Review*, 94, 2006, p. 313.

A. FENET, « Ordre juridique et minorités », *in* J. Chevallier *et al.*, *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 113.

F. FERAL, « Le droit positif républicain à l'épreuve de la Charte du peuple kanak », *in* F. Hourquebie (dir.), *Pluralisme juridique et droits fondamentaux*, Institut Universitaire de Varennes, 2017, p. 161.

F. FERAL, A.-L. MADINIER, « Le règlement des conflits Kanaks en Nouvelle-Calédonie », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (N°1), p. 51.

A. FISCHER-LESCANO, « Die Emergenz der Globalverfassung », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2003, p. 717.

A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, « Regime collisions : The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law », 2004 (vol. 25), *Michigan Journal of International Law*, p. 999.

- « Collisions de régimes : la recherche vaine de l'unité juridique face à la fragmentation du droit mondial », *RIDE* 2013/1, p. 187.

T. FISHER, « Nomos without Narrative », *Theoretical Inquiries in Laws*, 2008, p. 473.

- « A Nuanced Approach to the Privatization Debate », *Law & Ethics of Human Rights*, Vol. 5, n°1, 2011, p. 71.

T. FLEURY GRAFF, I. GIAUFFRET, « Frontière de l'âge, frontières de l'Etat : retours choisis sur la jurisprudence 2022 en matière de migrations », RCDIP, 2023, p. 351.

K. FLOREY, « Choosing Tribal Law : Why State Choice-of-Law Principles Should Apply to Disputes with Tribal Contacts », 55 *American University Law Review*, 2006, p. 1627.

M.-C. FOBLETS, « La gestion de l'appartenance par le droit dans un contexte de société plurielle. Étude à partir de la jurisprudence belge (1970-2001) », *Cahiers d'anthropologie du droit*, 2003, p. 97.

- « Les juges belges et l'application de la loi étrangère en droit de la famille », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret (dir.), *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruylant, 2012, p. 409.

M. FORTEAU, « Forum shopping et fragmentation du droit applicable aux relations internationales - Le regard de l'internationaliste publiciste », *in* M. Forteau (dir.), *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales - regards croisés*, Pedone, 2011, p. 143.

M. FOUCAULT, « Le Sujet et le Pouvoir », *in Dits et Ecrits*, vol. IV, Paris, Gallimard, 1994, p. 223.

- « La gouvernementalité », Leçon au Collège de France, 1er février 1978, *in* M. Foucault, J. Lagrange, *Dits et écrits II, 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, p. 655.

Ph. FOUCHARD, « Convention de New-York : la France retire sa réserve de commercialité », *Rev. Arb.*, 1990, p. 210.

P. FOURNIER, P. MCDOUGALL, M. LICHTSZRAL, « A "Deviant" Solution : The Israeli Agunah and the Religious Sanctions Law », *in* M. Maclean, J. Eekelaar, *Managing Family Justice in Diverse Societies*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2013, p. 89.

J. FOYER, « Diversité des droits et méthodes de conflit de lois », *in* B. Ancel *et al.*, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, p. 57.

Ph. FRANCESCAKIS, « Le droit international privé dans le monde post-colonial. Le cas de l'Afrique noire », *JDI,* 1973, p. 46.

S. FRANCQ, « Un principe de reconnaissance comme embryon d'un droit européen de la famille ? », *in* H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Actes du colloque organisé par le Centre de droit de la famille de l'Université Jean-Moulin Lyon 3, en association avec le CREDIP, à Lyon, les 21 et 22 novembre 2013, Paris, Dalloz, 2014, p. 111.

N. FRASER, « From Redistribution to Recognition ? Dilemmas of Justice in a "Post Socialist" Age », *New Left Review*, 1995 (212), p. 68.

J. FREUND, « Petit essai de phénoménologie sociologique sur l'identité collective », *in* J. Beauchard (éd.), *Identités collectives et travail social*, Paris, 1979, p. 65.

G. FRIED, « The Collision of Church and State: A Primer to Beth Din Arbitration and the New York Secular Courts », *Fordham Urban Law Journal*, January 2004, vol. 31, n°2, p. 633.

L. FRIEDMAN, « Legal culture and social development », *Law and Society* 4(1), 1969.

- « The concept of legal culture : A reply », *in* D. Nelken (dir.) *Comparing legal cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 34.

B. FRYDMAN, « Comment penser le droit global ? », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01 (https://centreperelman.be/comment-penser-le-droit-global/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

H. FULCHIRON, « La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen », *in* L. d'Avout *et al.*, *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit – Les relations privées internationales*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, p. 359.

- « La filiation », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 51.
- « De l'application de la charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier. Brèves observations au lendemain de l'arrêt *Molla Sali c/ Grèce* de la CEDH », *D.*, 2019, p. 316.

S. FULLI-LEMAIRE, « La reconnaissance : méthode(s) ou principe ? », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 161.

- « L'ordre public international comme révélateur des conceptions nationales. À propos de quelques évolutions récentes en matière familiale », *Droits*, vol. 73, n°1, 2021, p. 105.

Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie & prévision*, vol. 202-203, n°1-2, 2013, p. I.

M. GALANTER, « Justice in many Rooms : Courts, Private Ordering, and Indigenous Law », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 19, 1981, p. 1.

J. D. GALLOWAY, « The dilemmas of Canadian citizenship law », *Georgetown Immigration Law Journal*, 13(2), 1999, p. 201.

P. GANNAGE, « Droit intercommunautaire et droit international privé », *Clunet* 1983, p. 479.

- « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *RCDIP*, 1992, p. 425.
- Note sous CA Paris, 14 juin 1995, M. X. c. M^me^ Y ; *RCDIP* 1997, p. 41.
- « Détermination de la loi applicable au régime matrimonial eu égard aux stipulations du contrat de mariage », note sous Cour de cassation (1^re^ Ch. civ.), 2 décembre 1997, *M^me^ Kubicka c. Thomé*, *RCDIP* 1998, p. 632.
- « Le juge civil face aux droits religieux », *in De Tous Horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, Société de législation comparée, Paris, 2005, p. 247.

- « Le pluralisme des statuts personnels au Liban, son régime, ses limites », *in* M. Aoun (dir.), *Les statuts personnels en droit comparé, évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven, Peeters, 2009, p. 163.
- « L'articulation des ordres juridiques dans un Etat multicommunautaire. L'exemple libanais », *in Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Paris, Litec, LexisNexis, 2009, p. 247.

L. GANNAGE, « Le contrat sans loi en droit international privé », *Electronic Journal of Comparative Law*, 2007 (vol. 11), p. 1.

- « Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal-aimé » *in Le monde du droit : écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p. 417.

A. GARAPON, « Genèse et corruption du rituel judiciaire. Eschyle, Kafka, O. J. Simpson », *Les cahiers de médiologie*, 1996/1 (n°1), p. 209.

H. GAUDEMET-TALLON, « Le "*forum non conveniens*", une menace pour la convention de Bruxelles ? (À propos de trois arrêts anglais récents) », *RCDIP,* 1991, p. 491.

- « L'autonomie de la volonté : jusqu'où ? », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 255.

E. GELLNER, « Le nationalisme et les deux formes de la cohésion dans les sociétés complexes », *in* G. Delannoi et P.-A. Taguieff (sous la dir. de), *Théories du nationalisme, Nations, nationalité, ethnicité*, Paris, Kimé, 1991, p. 233.

T. GEORGOPOULOS, « La charia en droit européen et la protection des minorités - L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 19 décembre 2018, *Molla Sali c/Grèce* », *RFDA*, 2020, p. 485.

P. GERARD, « Normes juridiques, légitimité et théorie du droit », *in* E. Delruelle, G. Brausch (dir.), *Le droit sans la justice : actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du « Cap des Tempêtes" de Lucien François*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2004, p. 19.

M. DE GIACOMETTI, « Le Liban au temps de l'"amour civil" », *Ethnologie française*, 2021/2 (vol. 51), p. 267.

S. GODECHOT-PATRIS, J. GUILLAUME, « La loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013*,* Chron. 1756.

S.-A., GOLDBERG, « Dina Dé-malkhuta dina : la loi du Royaume est la loi », *in* F. Alvarez-Pereyre, L. Panafit (éd.), *Le droit interne hébraïque*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 103.

W. GOLDSCHMIDT, « Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts », *in Festschrift für Martin Wolff*, Tubingue, Eugen Göbel, 1952, p. 203.

G. GOLDSTEIN, « Le *forum non conveniens* en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon », *RCDIP*, 2016, p. 51.

P. GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1.

- « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Le droit international privé : esprit et méthodes*, Dalloz, 2005, p. 343.

P. GOURDON, « L'accession au statut civil coutumier kanak », *D.* 2011, p. 2904.

S. GRAMMOND, C. GUAY, « Le pluralisme juridique au Canada : l'exemple de l'adoption coutumière », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (N°1), p. 99.

B. GRAND, « Le statut de la terre en Nouvelle Calédonie. Analyse d'une réponse juridique à un problème interculturel au travers du prisme de la théorie économique standard », *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 2018/3 (n°32, vol. 7), p. 85.

L. GREEN, « Rights of exit », *Legal Theory*, 1998, p. 165.

J. GRIFFITHS, « Four laws of interaction in circumstances of legal pluralism: first steps towards an explanatory theory », *in* A. Allott & G. Woodman (éd.), *People's Law and State Law*, de Gruyter Mouton, 1985, p. 217.

- « What is Legal Pluralism? », *Journal of Legal Pluralism*, 1986, vol. 24, p. 1.

R. GRIFFITH-JONES, « The "Unvoidable" Adoption of Sharia's Law – The Generation of a Media Storm », *in* R. Griffith-Jones (éd.), *Islam and English Law : Rights, Responsibilities and the Place of Shari'a*, 2013, p. 9.

E. GROFFIER, « La réforme du droit international privé québécois », RCDIP 1992, p. 584.

C. GRZEGORCZYK, « Evaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit », *APD*, 1986, p. 281.

- « L'acte juridique dans la perspective de la philosophie du droit », *Droits*, 1988, n°7 (L'acte juridique), p. 47.

J. GUILLAUME, « La lex sportiva ou la loi du plus fort », *Les Annales de droit*, 2011, n°5, p. 43.

- « La loi étrangère qui prive l'enfant de son droit à établir sa filiation paternelle est (en elle-même ?) contraire à l'ordre public international français », *D.* 2017, p. 2518.

S. GUILLEMARD, M. TETE, « Le forum non conveniens au Québec, une vingtaine d'années plus tard : encore quelques questions non résolues », *Revue québécoise de droit international*, vol. 25, n°1, 2012, p. 175.

S. GUINCHARD, « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 30, n°3, Juillet-septembre 1978, p. 811.

B. HAFTEL, « Insémination post mortem internationale, contrôle de proportionnalité et méthodes du droit international privé », *D.* 2016, p. 1477.

- « Méthode de la reconnaissance et contrôle de la validité initiale des situations créées à l'étranger », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et de leur statut dans un monde globalisé*, Lexisnexis, 2019, p. 195.
- Compte rendu de l'ouvrage La connaissance du droit étranger – À la recherche d'instruments de coopération adaptés, par G. Cerqueira, N. Nord (dir.), *JDI*, 2021 (n°2), p. 779.

C. HAHN, « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents : Rome I et Rome II – L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *Trav. Com. fr. DIP (2006-2008)*, 2009, p. 187.

M. HALBERSTAM, « Interest Analysis and Dina Demalhuta Dine, A Comment on Aaron Kirschenbaum, the Sovereign Power of the State : A Proposed Theory of Accommodation in Jewish Law », *Cardozo Law Review*, 1990 (12), p. 951.

S. HALL, « Cultural Identity and Diaspora », *in* J. Rutherford (dir. publ.), *Identity - Community, Culture, Difference*, Lawrence and Ishart, Londres, 1990, p. 222.

J. HALLEY, K. RITTICH, « Critical Directions in Comparative Family Law : Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism », *American Journal of Comparative law*, vol. 58, 2010, p. 753.

J. J. HARTE, « Validity of a State Court's Exercise of Concurrent Jurisdiction », *American Indian Law Review*, 21, 1997, p. 63.

R. HASSAN, « Rights of Women Within Islamic Communities », *in* J. Jr. Witte, J. D. Van der Vyverr (éd.), *Religious human rights in global perspective - religious perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 1996, p. 361.

M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, 1925, reproduit *in* S. Goyard-Fabre (dir.), *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Bloud & Gay, 1933, p. 89.

- « Aux sources du droit – Le pouvoir, l'ordre et la liberté », *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1928, p. 27.

A. HELDRICH, « Heimwärtsstreben auf neuen Wegen — Zur Anwendung der lex fori bei Schwierigkeiten der Ermittlung ausländischen Rechts », *in* A. Heldrich *et alii, Konflikt und Ordnung : Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag,* Munich, Beck, 1978*,* p. 213.

C. HERFARTH, « Scheidung nach religiösem Recht durch deutsche Gerichte », *IPRax*, 2000, p. 101.

C. M. HERRERA, « Culture juridique et politique : une introduction », *International Journal of the Semiotics of Law*, 2016 (29), p. 721.

M. HERTOGH, « What is Non-State Law ? Mapping the other Hemisphere of the Legal World », *in* J. Van Schooten & J.M. Verschuuren (éd.), *The State Legislature and Non-State Law*, 2008, p. 11.

H.-J. HESSLER, « Auslandsehe und missbräuchliche Erhebung der Ehenichtigkeitsklage », *IPrax* 1986, p. 146.

V. HEUZE, « La volonté en droit international privé », *Droits*, 1998, tome 28, *La volonté*, p. 113.

- « Une variété de transactions : la convention d'arbitrage », *Revue de l'arbitrage, Comité français de l'arbitrage*, 2015, hal-01463955.
- « Les rapports entre les communautés libanaises et le droit international privé », *Revue de droit public,* janv. 2023 (n°1), p. 16.

F. HOURQUEBIE, « Le juge à la jonction d'un pluralisme désordonné en Afrique centrale », *in* G. Otis (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Ed. Karthala, Paris, 2013, p. 151.

F. HOURQUEBIE, P. GERVIER, « Introduction. Les enjeux du pluralisme juridique et judiciaire », *Les Cahiers de la Justice*, 2021/1 (n°1), p. 29.

N. INTZESSILOGLOU, « Système juridique et culture : une approche sociologique globale du phénomène juridique », *in* J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 391.

D. JACOTOT, « La notion de "juste cause". Réflexion sur une règle matérielle de droit du travail d'essence privée », *Droit sans frontières. Mélanges en l'honneur d'Éric Loquin,* LexisNexis, 2018, p. 829.

M. JÄNTERÄ-JAREBORG, « Cross-border Family Cases and Religious Diversity : What Can Judges Do ? », *in* P. Shah, M.-C. Foblets, M. Rohe, *Family, Religion and Law : Cultural Encounters in Europe*, Londres, Routledge Taylor & Francis Group, 2016, p. 143.

- « Empowering Women in Family Relations », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 59.

A. A. JAMAL, « Religious Authority and Constitutional Order : A case study of the Conciliation and Arbitration Boards (CABs) of the Shia Imami Ismaili Community *», Journal of Law, Religion and State*, 2013 (2), p. 235.

A. A. JAMAL, J. L. NEO, « Religious Pluralism and the Challenge for Secularism », *Journal of Law, Religion and State*, 2019 (7), p. 1.

Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245.

F. JAULT-SESEKE, « Mariages et partenariats enregistrés : critique de la diversité des méthodes de droit international privé », *in Le droit entre tradition et modernité – Mélanges offerts à Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 311.

E. JAYME, « Internationales Familienrecht heute », *in* A. Dieckmann *et alii, Festschrift Müller-Freienfels*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1986, p. 341.

- « Nation und Staat im Internationalen Privatrecht », *in* E. Jayme, H.-P. Mansel (éd.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1990, p. 3.
- *IPRax* 2000, p. 165.

- *RabelsZ* 2003 (67), p. 211.
- « Die Reform des Familienrechts in Mosambik », *Das Standesamt*, 2006, n°2, p. 43.

P. JEAN, « La Charte du peuple kanak : quelques aspects et réflexions », *Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n°25, 2015 (1), p. 13.

Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p. 197.

A. JOHANSON, « Die Anerkennung europäischer Privatentscheidungen nach dem Sahyouni-Urteil », *Neue Juristische Online-Zeitschrift*, 2020, p. 353.

F. JOHNS, « Performing Party Autonomy », *Law and Contemporary Problems*, 2008, vol. 71, p. 243.

N. JOUBERT et E. GALLANT, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la méditerranée », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret, *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruylant, 2012, p. 307.

K. KAESLING, « The recognition of religious private divorces in Europe », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 257.

M. KARAYANNI, « Choice of Law under Occupation : How Israeli law came to serve Palestinian plaintiffs », *Journal of Private International Law*, 2009 (n°5), p. 1.

G. KEGEL, « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht », *in Festschrift Lewald,* Verlag Helbing&Lichtnhahn, Bâle, 1953, p. 259.

H. KENFACK, « Le règlement (CE) no 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *JDI* 2009/1, p. 1.

D. KENNEDY, « Savigny's Family /Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought », *American Journal of Comparative law*, vol. 58, 2010, p. 811.

- « A Transnational Genealogy of Proportionality in Private Law », *in* R. Brownsword *et alii* (éd.), *The Foundations of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2011, p. 185.

C. KESSEDJIAN, « Culture et droit - l'influence de la culture sur le droit international et ses développements », *in* C. Kessedjian, *Le droit international collaboratif*, Editions Pedone, Paris, 2016, p. 61.

R. KFOURI, « L'Etat de droit à l'épreuve du pluralisme juridique et judiciaire au Liban », *in* G. Otis (dir.), *Le juge et le dialogue des cultures juridiques*, Ed. Karthala, Paris, 2013, p. 199.

P. KINSCH, « Quel droit international privé pour une époque néolibérale ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 377, spéc. p. 383.

F. KJAER, « L'idée sociologique de "connectivité" et le droit international privé. Vers une architecture constitutionnelle au-delà de l'État ? », *RCDIP*, 2019, p. 929.

M. KNOEPFLER, note sous Tribunal fédéral, Ie Cour civ., 15 mars 1993, *Gundel c/ Fédération équestre internationale et Tribunal arbitral du sport*, *Revue suisse de droit international et européen*, 1994, p. 149.

K. KNOP, « Citizenship, Public and Private », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, p. 309.

- « State law without its state », *in* A. Sarat, L. Douglas, M. M. Humphrey (éd.), *Law without Nations*, Stanford University Press, 2011, p. 66.

K. KNOP, R. MICHAELS et A. RILES, « From Multiculturalism to Technique : Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style », 64 *Stanford Law Review*, 2012, p. 589.

J. KOHN, « "Arbitrage" et Din Tora. Essai de droit comparé », 2012 (https://www.chiourim.com/arbitrage-et-din-tora-essai-de-droit-compare-html/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

G. KOUBI, « Penser les minorités en droit », *in* A. Fenet *et alii* (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 385.

C. KOURILSKY-AUGEVEN, « Socialisation, socialisation juridique et conscience du droit », *in* E. Rude-Antoine, G. Chrétien-Vernicois (sous la coordination de), *Anthropologies et droits*, Paris, Dalloz, 2009, p. 245.

H. KRAUSE, « Comparative Family Law : Past Traditions Battle Future Trends – and Vice Versa », *in* M. Reimann, R. Zimmermann (éd.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 1099.

C. KUKATHAS, « Are There Any Cultural Rights ? », *Political Theory*, 20, 1992, p. 105.

W. KYMLICKA, W. NORMAN, « Citizenship in Culturally Diverse Societies : Issues, Contexts, Concepts », *in* W. Kymlicka, W. Norman, *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, 2000, p. 1.

M. LAAZOUZI, « L'identité en droit international privé », *in* B. Mallet-Bricout, T. Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 185.

R. LAFARGUE, « L'histoire kanak et la Nouvelle-Calédonie : le droit comme enjeu de civilisation », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, 2013, p. 119.

- « Le contentieux classique de la terre. Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 101.

P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », *in Mélanges Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales,* Paris, Litec, 1982, p. 125.

- Note sous CA Versailles, 6 février 1991, *RCDIP*, 1991, p. 745.
- « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *in Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263.

- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *RCDIP*, 2001, p. 275.
- Compte rendu de la thèse de C. Herfarth, Die Scheidung nach jüdischem Recht im internationalen Zivilverfahrensrecht*, RCDIP*, 2003, p. 203.
- « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2004, p. 225.
- « La reconnaissance mode d'emploi », *in* B. Ancel *et al.*, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481.
- « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », *in* P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone, Paris, 2013, p. 19.

A. LAJOIE, « Surdétermination », *in* A. Lajoie, R. Macdonald, R. Janda, G. Rocher (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Les éd. Thémis, 2004, p. 85.

L. LALONDE, « Du balcon aux coulisses de la scène ? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2012/1 (Vol. 68), p. 49.

F. LARONZE, « Les sources du droit revisitées par la notion d'organisation juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 68, n°1, 2012, p. 175.

P. LASCOUMES, E. SEVERIN, « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et Société*, 1986-2, p. 101.

S. LAST STONE, « Law without Nation ?, The Ongoing Jewish Discussion », *in* A. Sarat, L. Douglas Et M.M. Humphrey (éd.), *Law without Nations*, Stanford University Press, 2011, p. 101.

F. LATTY, « Les "forces créatrices" du droit sportif – entre concurrence et coopération », *in* A.-B. Caire (dir.), *Les nouveaux pouvoirs. Approche pluraliste des foyers de création du droit*, coll. Penser le droit, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 88.

S. LAVRIC, observations sous Cour d'appel de Paris, 30 mars 2010, *D.* 2010, p. 967.

Ch. LEBEN, « L'arbitrage par un tribunal rabbinique appliquant le droit hébraïque », *Rev. Arb.*, 2011-1, p. 87.

- « L'argumentation des juristes et ses contraintes chez Perelman et les auteurs du courant rhétorico-herméneutique », *Droits*, 2011/2 (n°54), p. 49.

J. LE GOFF, « Introduction », *in* M. Doat, J. Le Goff et P. Pédrot (dir.), *Droit et complexité – Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, Rennes, PUR, 2007.

P. LEGRAND, « Comparer », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 2, 1996, p. 279.

- « The Impossibility of "Legal Transplants" », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4 (1), 1997, p. 111.

K. LEONARD, « Transnational and Cosmopolitan Forms of Islam in the West », *Harvard Middle Eastern and Islamic Review*, 2009 (8), p. 177.

Y. LEQUETTE, note sous Civ. 1, 4 avril 1978, *Clunet*, 1979, p. 353.

- « Le conflit de civilisations à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », *in Mélanges Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de publications universitaires, 2005, p. 175.
- Y. LEQUETTE, « De la "proximité" au "fait accompli" », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 481.

P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, « Observations sur la question du renvoi », *Clunet*, 1924, p. 891.

- note sous Rabat, 21 mai 1929, *Recueil périodique et critique mensuel Dalloz,* 1930, n°2, p. 65.

E. LE ROY, « *L'ordre négocié. À propos d'un concept en émergence », in* P. Gérard, F. Ost, M. van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?,* Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1996, p. 341.

- « La face cachée du complexe normatif en Afrique noire francophone », *in* P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 1, coll. Logiques sociales, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 123.
- « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », *in* A. Lajoie *et alii* (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité,* Montréal, Les éd. Thémis, 2004, p. 29.

Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n°3, 2011, p. 715.

A.-M. LEROYER, « Arbitrage et droit de la famille », Lettre de l'AFA n°27, mai 2018.

E. LEVINAS, « La trace de l'autre », *in* E. Levinas, *En découvrant l'existence avec Husserl et Heidegger*, édition suivie d'*Essais Nouveaux*, Paris, Vrin, 2006, p. 261.

H. LEVY-BRUHL, « Note sur le symbolisme juridique », *L'Année Sociologique*, vol. 9, 1957, p. 335.

- « Tensions et conflits au sein d'un même système juridique », *Cahiers internationaux de sociologie*, 1961 (30), p. 35.
- « L'ethnologie juridique », *in* J. Poirier (dir.), *Ethnologie générale*, Gallimard, Paris, 1968, p. 1111.

F.-X. LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. Arb.* 2013-1, p. 57.

- « Au-delà du pluralisme juridique : réflexions sur l'arbitrage paidéique », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 237.

G. LOISEAU, « L'identité… finitude ou infinitude », *in* B. Mallet-Bricout, T. Favario (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 29.

J. LOMBARD, « Diversité culturelle et définition anthropologique de la loi », *in* J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. Droit et société, LGDJ, 1991, p. 385.

E. LORENZ, « Zur Zweistufentheorie des IPR und zu ihrer Bedeutung für das neue internationale Versorgungsausgleichsrecht », *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 1987, p. 645.

J. DE LUCAS, « Droits universels, égalité et pluralisme culturel (à propos des droits des minorités culturelles) », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 33, 1994/2, p. 1.

N. LUHMANN, « The Coding of the Legal System », *European Yearbook in the Sociology of Law*, 1991/92, p. 145.

R. A. MACDONALD, « Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », *in* J.-G. Belley (dir.), *Le droit soluble – Contributions québécoises à l'étude de l'internormatité*, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, p. 233.

P. MANKOWSKI, « Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht », *IPRax* 2004, p. 282.

- *IPRax* 2017, p. 130.
- « Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im IPR und IZVR », *IPRax* 2017, p. 347.
- « Das Verhältnis von Internationalem Privatrecht und Völkerrecht in der Entwicklung », *in* N. Dethloff, G. Nolte, A. Reinisch (éd.), *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick : Migrationsbewegungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2018, p. 45.

H.-P. MANSEL, « Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrecht », *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, vol. 43, 2008, p. 137.

N. MARZOUKI, « Les débats sur le droit islamique aux États-Unis et au Canada, entre égalité formelle et pluralisme », *in* B. Dupret (dir.), *La charia aujourd'hui. Usages de la référence au droit islamique*, La Découverte, 2012, p. 265.

P. MAYER, « L'Etat et le droit international privé », *Droits*, 1992, n°16, p. 33.

- Compte-rendu de la thèse de Ch. Pamboukis, *RCDIP* 1994, p. 813.
- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *in* M.-N. Jobard-Bachellier *et al.*, *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*. Dalloz, 2005, p. 547.

MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, « Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) », *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, 2007, vol. 71(2), p. 225.

A. MCCLINTOCK, « Family Feuds : Gender, Nationalism and the Family », *Feminist Review*, 1993, 44, p. 62.

S. E. MERRY, « Legal Pluralism », *Law and Society Review*, 22, 1988, p. 869.

- « International Law and Sociolegal Scholarship: Toward a Spatial Global Legal Pluralism », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law*, Cambridge, 2015, p. 59.

- « Stateless Law : Before, Inside and outside the Law of the State », *in* H. Dedek, S. Van Praagh (éd.), *Stateless Law, Evolving Boundaries of a Discipline*, Farnham Burlington, Ashgate, 2015, p. 3.

M.-T. MEULDERS KLEIN, « Towards European Civil Code on Family Law ? Ends and Means », *in* K. Boele-Woelki (éd.), *Perspectives On The Unification And Harmonisation Of Family Law In Europe*, 2003, p. 109.

A. MEZGHANI, « Le droit musulman et l'arbitrage », *Rev. Arb.* 2008-2, p. 211.

R. MICHAELS, J. PAULWELYN, « Conflict of norms or conflict of laws : Different techniques in the fragmentation of public international law », 22(3), *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2012, p. 349.

R. MICHAELS, « The Re-*state*-ment of Non-State Law : The State, Choice of Law, and the Challenge from Global Legal Pluralism », *Wayne Law Review*, 2005 (51), p. 1209.

- « Globalizing Savigny ? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization », *Duke Law School Legal Studies*, *Research Paper Series*, n°74, 2005, p. 1.
- « Global Legal Pluralism », *Annual Review of Law and the Social Sciences*, 2009 (5), p. 243.
- « Globalization and Law : Law Beyond the State », *in* R. Banakar & M. Travers (éd.), *Law and Social Theory*, 2ème éd., Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 287.
- « Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts », *in* K. Purnhagen, P. Rott (éd.), *Varieties Of European Economic Law And Regulation : Liber Amicorum For Hans Micklitz*, 2014, p. 43.
- « State Law as a Transnational Legal Order », *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, 1, 2016, p. 141.
- « Banning Burqas : The Perspective of Postsecular Comparative Law », *Duke Journal Of Comparative & International Law*, 2017 (vol. 28), p. 213.
- « Private International Law as an Ethic of Responsivity », *in* V. Ruiz Abou-Nigm, M. B. Noodt Taquela (éd.), *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinbourg, Edinburgh University Press, 2019, p. 11.
- « Global Legal Pluralism and Conflict of Laws », *in* P. S. Berman (éd.), *The Oxford handbook of global legal pluralism*, New York, Oxford University Press, 2020, p. 629.
- « La double privatisation du droit dans la globalisation », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 211.

E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et Société*, n°30/31, 1995, p. 381.

Z. MIR-HOSSEINI, « Sharia and National Law in Iran », *in* J. M. Otto (éd.), *Sharia Incorporated : A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Leiden, Leiden University Press, 2010, p. 319.

S. MIŞCOIU, L. HERŢA. « Résoudre les conflits à l'ancienne ? La pratique du droit coutumier rom en Roumanie », *Les Cahiers de la Justice*, n°1, 2021, p. 81.

M. MITRI, « Le rôle de la Cour suprême libanaise en matière de statut personnel », *in Les cours judiciaires suprêmes dans le monde arabe*, Actes du Colloque organisé à Beyrouth les 13 et 14 mai 1999 par le CEDROMA – Faculté de droit et des sciences politiques de Saint-Joseph, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 122.

C. MOLINEAUX, « Moving toward a construction lex mercatoria : a lex constructionis », *Journal of International Arbitration*, vol. 14, 1997, p. 55.

R. MONEGER, note sous Civ. 1, 25 février 1986, *Shafa*, *R.*, 1987, p. 103.

S. F. MOORE, « Law and social change : The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study », *Law & Society Review*, 1973, p. 719.

J. MORELLET, « Le principe de souveraineté de l'Etat en droit international public », *Revue de droit international public*, 1926, p. 104.

H. MOTULSKY, « Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé », *Travaux du comité français de droit international privé*, 1948-1952, p. 13.

M. MOUAQIT, « Le droit de kad wa si'aya. Anthropologie d'une règle coutumière au Maroc », *in* H. Rachik (éd.), *Contester le droit : Communautés, familles et héritage au Maroc*, Casablanca, La Croisée des Chemins, 2016, p. 207.

H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n° 3, 2000, p. 503.

- note sous Civ. 1, 22 oct. 2008, n° 07-14.934 et Civ. 1, 17 déc. 2008, n° 08-11.864, *RCDIP* 2009, p. 53.
- « Private international law beyond the schism », *Transnational Legal Theory,* 2011, vol. 2, n°3, p. 347.
- « La reconnaissance entre philosophie politique et droit international privé », *in* P. Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé : actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Paris, A. Pedone, 2013, p. 85.
- « La "conduite des conduites" et le droit international privé de la famille : réflexions sur la gouvernementalité à la lumière du règlement "Rome III" », *in* S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce*, LexisNexis, 2013, p. 729.
- « La globalisation et le droit international privé », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 591.
- « Désastre humanitaire et droit international privé : de la jungle de Calais au labyrinthe de Dublin », *RCDIP*, 2016, p. 345.
- « Conflicts of laws unbounded : the case for a legal-pluralist revival », *Transnational Legal Theory*, 2016, p. 313.
- « Identité et droit international privé dans la globalisation : introduction », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 5.
- « Décentrement et hospitalité : libre propos sur l'éthique et les méthodes du droit international privé », *in* H. Fulchiron (dir.), *La circulation des personnes et leur statut dans un monde globalisé*, LexisNexis, 2019, p. 443.

- Compte rendu de l'ouvrage Pour une anthropologie des savoirs juridiques, par Annelise Riles, collection d'articles traduite et présentée par Vincent Réveillère, Dalloz, Coll. « Rivages du droit », 2022, *RCDIP* 2022, p. 836.
- « Exequatur sur exequatur vaut parfaitement », *RCDIP* 2023, p. 135.

H. MUIR WATT, G. TUSSEAU, « Repenser le dévoilement de l'idéologie juridique : une approche fictionnelle de la gouvernance globale », *in* B. Bonnet (dir.), *Traités des rapports entre ordres juridiques,* Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2013, p. 169.

W. MULLER-FREIENFELS, « The Emergence of droit de la famille and Familienrecht in Continental Europe and the Introduction of Family Law in England », *Journal of Family History*, 2003, p. 31.

P. MURAT, « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », *in* B. Mallet-Bricout *et alii*, *L'identité, un singulier au pluriel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 51.

L. BUSKENS, « Berber Customs as Heritage : The Discovery and Rediscovery of Customary Law in Morocco », *in* D. Casajus, T. Nishio, F. Pouillon, T. Saito (dir.) *Sur la notion de culture populaire au Moyen-Orient*, Senri Ethnological Reports 152, 2021, p. 73.

S. MUSTASAARI, « Extra-judicial muslim divorce and family mediation in the nordic countries », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 285.

A. NALLET, « La dissolution du mariage », *in* E. Cornut et P. Deumier (responsables scientifiques), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), coll. Larje, 2018, p. 85.

D. NELKEN, « Using the concept of legal culture », *Australian Journal of Legal Philosophy*, 2004 (29), p. 1.

- « Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities », *Theoretical Inquieries in Law*, 2008, p. 444.
- « Thinking About Legal Culture », *Asian Journal of Law and Society*, 2014 (1), p. 255.

H. P. NEUHAUS, « Zum Kollisionsrecht Des Codex Iuris Canonici », *Rabels Zeitschrift*, 30, 1966, p. 40.

G. NEYRAND, « Identification sociale, personnalisation et processus identitaires », *in* J. Pousson-Petit (dir.), *L'identité de la personne humaine. Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 93.

L. NEYRET, observations sous Cour d'appel de Paris, 30 mars 2010, *D.* 2010, p. 2238.

J. A. NICHOLS, « Religion, Family Law, and Competing Norms », *in* M. Helfand (éd.), *Negotiating State and Non-State Law*, Cambridge, 2015, p. 197.

C. NOURISSAT, « Différence(s) entre autonomie de la volonté en matière contractuelle et en matière familiale », *in* H. Fulchiron *et alii (*dir.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales,* Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 61.

J. NOWICKI, « Communication interculturelle et construction identitaire européenne », *Hermès, La Revue*, vol. 41, 2005, p 131.

M. C. NUSSBAUM, « Patriotism and Cosmopolitanism », *in* J. Cohen (éd.), *For love of country : debating the limits of patriotism*, Boston, 1996, p. 2.

T. OGWANG, F. VANCLAY, « Cut-off and forgotten ? : Livelihood disruption, social impacts and food insecurity arising from the East African Crude Oil Pipeline », *Energy Research & Social Science*, 2021, vol. 74, article n°101970 (https://totalenergies.com/fr/medias/actualite/communiques-presse/ouganda-tanzanie-accords-definitifs-projet-developpement; consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

S. M. OKIN, « Feminism and Multiculturalism: Some Tensions », *Ethics*, 1995 (108), p. 661.

B. OPPETIT, « Contrôle du juge sur le droit appliqué par l'arbitre », *RCDIP* 1992, p. 113.

C. ORIOL, « Les titulaires d'un PACS sont membres d'une même famille au sens du droit de l'Union », *AJDA*, 2017, p. 175.

F. OST, « La légitimité dans le discours juridique : cohérence, performance, consensus ou dissensus ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 12, n°1, 1984, p. 163.

G. OTIS, « Les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », *in* G. Otis (dir), *Méthodologie du pluralisme juridique*, Paris, Karthala, coll. « 4 vents », 2012, p. 9.

Ch. PAMBOUKIS, « L'acte quasi public en droit international privé », *RCDIP* 1993, p. 565.

- « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *RCDIP*, 2008, p. 513.
- Compte rendu de l'ouvrage Why Religious Freedom Matters for Democracy. Comparative Reflections from Britain and France for a Democratic « Vivre Ensemble », par Myriam Hunter-Henin, *RCDIP*, 2021, p. 499.

L. PANAFIT, « La Halakha comme problématique de la connaissance », *in* F. Alvarez-Pereyre, L. Panafit, (dir.), *Le droit interne hébraïque*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2004, p. 7.

S. PAPI, « Normes islamiques et droit interne en France : de quelques zones de confluences », *Droit et société*, vol. 88, n°3, 2014, p. 689.

- « Les mariages à la *fātiha* et le droit français », *Revue du droit des religions*, 2017, vol. 4, p. 129.

V. PARISOT, « Commentaire de l'article 15 », *in* S. Corneloup (dir.), *Droit européen du divorce – European divorce law,* 2013, LexisNexis, p. 647.

- « L'autochtonie, reflet d'une identité spécifique ? Les enjeux d'une nouvelle catégorie juridique », *in* S. Bollée, E. Pataut (dir.), *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, IRJS éd., 2016, p. 219.

V. PARISOT, S. SANA-CHAILLE DE NERE, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique

calédonien », *in* E. Cornut et P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 409.

E. PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Travaux du Comité français de droit international privé,* 2006-2008, p. 71.

- note sous CJUE, 12 septembre 2013, affaire C-64/12, *Anton Schleker*, *RCDIP* 2014, p. 167.
- « Soft law et prise en considération. Quelques remarques à partir du droit social international », *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* sous la dir. de P. Deumier et J.-M. Sorel, LGDJ, 2018, p. 349.
- « Contrôle de l'Etat ou protection de l'individu ? Remarques sur l'effectivité de la nationalité », *RCDIP* 2021, p. 747.

O. PEREZ, « Using private-public linkages to regulate environmental conflicts : the case of international construction contracts », *Journal of Law and Society*, vol. 29, 2002, p. 77.

J.-F. PERRIN, « Règle », *APD* 1990, p. 245.

S. PIERRE-CAPS, « Le principe de l'autonomie personnelle : une solution d'avenir ? », *in* A. Dieckhoff (éd.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004, p. 371.

A. PILLET, note sous Civ., 29 mai 1905, *DP*, 1905.1.353, *Sirey* 1906. I, p. 161.

G. PILLET, O. BOSKOVIC, « Rome I, Choix de la loi et compatibilité avec la Chari'a », *in* S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, 2011, p. 173.

A. LE POMMELEC, « La coutume : une référence "ambiguë" en droit civil pour le juge judiciaire », *La Coutume*, Ecole de Droit Université d'Auvergne, Centre Michel de l'Hospital, Revue n°2 mars 2013, p. 108.

M.-C. PONTHOREAU, « La fin du nationalisme méthodologique », *in Entre les ordres juridiques : Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, Poitiers, Presses universitaires juridiques, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2015, p. 157.

D. POPA, « Giorgio Agamben. Les conditions de la communauté », *in* M. Maesschalck, A. Loute (dir.), *Nouvelle critique sociale : Europe — Amérique Latine | Aller — Retour*, Toulouse, EuroPhilosophie Éditions, 2019, p. 91.

H. POURTOIS, « Morale de la reconnaissance et diversité culturelle », *in* J. M. Chaumont et H. Pourtois (éd.), *Souffrance sociale et attentes de reconnaissance. Autour du travail d'Axel Honneth*, Numéro spécial de la revue *Recherches sociologiques*, 1999/2, p. 43.

- « La société libérale face au défi du pluralisme culturel », *Revue philosophique de Louvain*, 2000, p. 6.

E. PUTMAN, « Réflexions sur une vision historique du droit - Le "traité de droit romain actuel de Savigny" », *in* Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, *Le droit dans le souvenir, Liber amicorum Benoît Savelli*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1998, p. 83.

E. RABEL, « Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p. 1.

J.-B. RACINE, « L'arbitrabilité des litiges en droit de la famille », *Droit et Patrimoine*, n°275, déc. 2017, p. 26.

E. RALSER, compte-rendu de l'ouvrage de B. VOIT, « "Heilung durch Statutenwechsel" im internationalen Eheschliessungsrecht », *RCDIP* 1999, p. 639.

- « Pluralisme juridique et droit international privé », *RRJ-Droit prospectif*, 2003-4, p. 2547.

J. REMY, « Valeurs – intérêts – normes : mode d'interdépendance réciproque », *in* P. Robert, F. Soubiran-Paillet et M. Kerchove (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 1, coll. Logiques sociales, L'Harmattan, 1997, p. 33.

B. REMY, « Des notions de prévisibilité en matière de conflit de lois. Qui de l'œuf ? Qui de la poule ? », *in* V. Heuzé *et al.*, *Mélanges en l'honneur de Pierre Mayer*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2015, p. 791.

E. RENAN, Réponse au discours de réception de Louis Pasteur à l'Académie française, 27 Avril 1882, (http://www.academie-francaise.fr/reponse-au-discours-de-reception-de-louis-pasteur, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024)

S. RICHTER, « Le problème de l'éthique et le visage de l'autre. Martin Buber et Emmanuel Levinas en dialogue », *Études Germaniques*, 2023/1 (n°309), p. 33.

A. RILES, « Cultural Conflicts », *Law and Contemporary Problems*, vol. 71, 2008, p. 273.

J. RINGELHEIM, « L'appréhension juridique de l'identité culturelle : entre autodéfinition et objectivation », *in* M.-C. Foblets, N. Yassari (éd.), *Approches juridiques de la diversité culturelle*, Boston, Brill, 2013, p. 137.

J. RIVERO, « La notion juridique de laïcité », *Rec. Dalloz*, 1949, chronique XXXIII.

S. ROBERTS, « Culture juridique africaine. Nature de l'ordre juridique en Afrique », *in* W. Capellier, T. Kitamura (dir.) *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales*, Bruylant, 1998, p. 179.

- « After Government ? On Representing Law without the State », *Modern Law Review*, n°68, 2005, p. 1.

S. ROBERTS, W. T. MURPHY, « Introduction », *Modern Law Review*, 1987, p. 677.

G. ROCHER, « *Le "regard oblique" du sociologue sur le droit », in* P. Noreau (dir.), *Dans le regard de l'autre/In the Eye of the Beholder*, Montréal, Thémis, 2007, p. 57.

G. P. ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP*, 2006, p. 457.

N. ROULAND, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et société*, n°27, 1994, p. 385.

- « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et société*, n°46, 2000 p. 519.

- « La croisée des savoirs - L'interculturalité dans la justice », *Les cahiers de la justice*, 2021, p. 679.

O. ROY, « *Le modèle français : évolutions et résistances face au pluralisme familial », in* O. Roy (dir.), *Réflexions sur le pluralisme familial,* Nanterre, Presses universitaires de Paris Nanterre, 2011, p. 23.

E. RUDE-ANTOINE, « Le droit international privé et les migrations maghrébines », *in* E. Rude-Antoine, *L'immigration face aux lois de la République*, Paris, Karthala, 1992, p. 111.

D. RUZIE, note sous CA Paris, 20 décembre 1976, *tribu de Bunlap et Bong Watase c/ Epx Gourguechon et Association « Connaissance du Monde »*, *JDI*, 1977, p. 474.

C. RYNGAERT, « Territory in *the* Law *of Jurisdiction* : Imagining Alternatives », *in* M. Kuijer and W. Werner (éd.), *Netherlands Yearbook of International Law 2016 : The Changing Nature of Territoriality in International Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2017, p. 49.

G. SALAME, Compte rendu de l'ouvrage *Laïcité et droit privé* de S. Ramaciotti, *RCDIP*, 2023, p. 502.

R. SALIH, « Toward an Understanding of Transnationalism and Gender », *in* K. Knop (éd.), *Gender And Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 231.

P. A. SAMUELSON, « The Pure Theory of Public Expenditure », *Review of Economics and Statistics*, 1954, p. 387.

S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Les espaces lointains de la République », *in* M. Badel *et alii*, *Mélanges Laborde, Des liens et des droits*, Paris, Dalloz, 2015, p. 203.

H. et H. SANDBERG, « Dilemmas of Civil Tribunals in Formulating Their Positions toward Religious Tribunals. The Case of Custody of Muslim Children », *Journal of Law, Religion and State*, 2017, p. 214.

S. SARDAR ALI, « The Paradox of Rights through the Lens of Muslim Women's Rights in Family Law », *in* K. Boele-Woelki, D. Martiny (éd.). *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 89.

P. SAVIDAN, « La constellation post-nationale et l'avenir de l'Etat libéral », *in* A. Dieckhoff (éd.), *La constellation des appartenances. Nationalisme, libéralisme et pluralisme.* Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 2004, p. 63.

B. SCHNEIDER, « *Le forum conveniens et le forum non conveniens (en droits écossais, anglais et américain)* », *Revue internationale de droit comparé,* 1975, p. 601.

I. SCHULTE-TENSKHOFF, « Minorités en droit international », *in* A. Fenet *et alii* (dir.), *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 17.

K. SEIDEL, « Constitutional Recognition of Islamic Family Law and Shari'a Courts in Ethiopia : Governmental Strategies to Co-regulate the Plural Family Law Arena », *in* N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (éd.), *Legal Pluralism in Muslim Contexts*, Leiden, Brill, 2019, p. 139.

H. SEINGIER, « L'égalité », *Le 1*, n°306, 22/07/2020.

Y. SEZGIN, « The Israeli Millet System : Examining Legal Pluralism Through Lenses of Nation-Building and Human Rights », *Israel Law Review*, 2010 (vol. 43, n°3), p. 631.

A. SHACHAR, « On Citizenship and Multicultural Vulnerability », *Political Theory* 28, n°1, 2000, p. 64.

- « Two Critiques of Multiculturalism », *Cardozo Law Review*, 2001, p. 253.

D. SINDRES, « Brèves remarques sur les arrêts d'assemblée plénière du 3 juillet 2015 ouvrant la voie à la reconnaissance en France de la GPA », *D.*, 2015, p. 1773.

J. DE SOTO, note sous CE, 8 février 1952, *Ralison*, *Recueil Penant,* janvier 1953, p. 18.

A. V. M. STRUYCKEN, « La lex mercatoria dans le droit des contrats internationaux », *in L'évolution contemporaine du droit des contrats, journée R. Savatier*, Faculté de droit de Poitiers, 1985, Paris, PUF, 1987, p. 220.

F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme - De quoi est-il question ? », *La Semaine Juridique Edition Générale* n°11, 13 mars 2017, doctr. 289, p. 502.

S. SYMEONIDES, « L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *RCDIP*, 2013, p. 807.

B. Z. TAMANAHA, « The Folly of the "Social Scientific" Concept of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, Summer, Vol. 20, n°2, 1993, p. 192.

- « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law and Society*, vol. 27, n°2, 2000, p. 296.
- « An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 15, n°4, 1995, p. 501, trad. B. Dupret, « La carte analytique des approches du concept de droit en sciences sociales », *Clio@Themis Revue électronique d'histoire du droit*, n° 1, janvier 2009, https://journals.openedition.org/cliothemis/1975#quotation, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024.

E. TAWIL, « Les relations conventionnelles entre l'Etat et les confessions religieuses en Italie », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, 4, 2005, p. 139.

- « Le contrôle opéré à l'occasion d'une demande d'*exequatur* », *in* E. Tawil (dir.), *Justice et religion. La laïcité à l'épreuve des faits*, Paris, Presses Universitaires de France, 2016, p. 237.

G. TEUBNER, « The two faces of Janus : rethinking legal pluralism », *Cardozo Law Review*, vol. 13, 1992, p. 1443.

- « Global bukowina : legal pluralism in the world society », *in* G. Teubner (éd.), *Global law without a state*, Aldershot, Dartsmouth, 1997, p. 3.
- « After Privatization ? The Many Autonomies Of Private Law », *Current Legal Problems*, vol. 51, n°1, 1998, p. 393.
- « Fragmented Foundations : Societal Constitutionalism beyond the Nation State », *in* P. Dobner, M. Loughlin (éd.), *The Twilight of Constitutionalism ?,* 2010, p. 327.

- « Autocontrainte exogène : comment les systèmes sociaux externalisent le paradoxe de leur fondation », *Droit et société*, vol. 95, n°1, 2017, p. 105.

G. TEUBNER, P. KORTH, « Two kinds of legal pluralism : collision of transnational regimes in the double fragmentation of world society », *in* M. Young (éd.), *Regime Interaction in International Law : Facing Fragmentation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 23.

M. THIOYE, « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 57, n°2, 2005, p. 345.

G. TIMSIT, « Sept propositions (plus une) pour une définition systémale du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 95.

J.-M. TJIBAOU, « Être Mélanésien aujourd'hui », *Revue Esprit*, n°57, septembre 1981, p. 81.

F. TÖNNIES, « *Gemeinschaft and Gesellschaft », in* T. Parsons, *Theories of Society*, Tome I, *The Free Press of Glencoe*, New York, 1961, p. 191.

M. TOZY, M. MAHDI, « Aspects de droit communautaire dans l'Atlas marocain », *Droit et société*, vol. 15, 1990, p. 221.

F.-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression : considérations à partir de l'arrêt *Nike v/ Kasky* », *Rev. soc.* 2004, p. 261.

B. TREPIED, « Le sang, le nom, la coutume. Controverses judiciaires sur la paternité kanak en Nouvelle-Calédonie », *Ethnologie française*, vol. 48, n°1, 2018, p. 57.

G. TREMBLAY, « Le phénomène d'émergence de la normativité dans le domaine de la télémédecine : du pluralisme juridique au constructivisme », *Revue de Droit d'Ottawa*, 2000-2001, p. 155.

P. TSOUKALA, « Marrying Family Law to the Nation », *American Journal of Comparative Law*, 58, 2010, p. 873.

S. TWENEBOAH, « A clash of legal norms, Banishment as a customary religious sanction in Ghana », *Journal of Law, Religion and State*, 2017, p. 87.

S. TZITZIS, « Le "Volksgeist" entre philosophie politique et philosophie du droit. Le cas de l'Ecole historique du droit », *[sens public]*, 02/02/2007.

A. UDDIN, D. PANTZER, « A first amendment analysis of anti-sharia initiatives », *First Amendment Law Review*, 2012, p. 363.

G. VALENCIA-WEBER, « Tribal Courts : Custom and Innovative Law », *New Mexico Law Review*, 24, 1994, p. 225.

J. VANDERLINDEN, « Return to Legal Pluralism », *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 28, 1989, p. 149.

- « Réseaux, pyramide et pluralisme ou Regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 49, 2002/2, p. 11.

B. VAN KLINK, S. TAEKEMA, « A Dynamic Model of Interdisciplinarity : Limits and Possibilities of Interdisciplinqry research Into Law », Tilburg University Legal Studies Working Paper n°010/2008, *Tilburg Working Paper Series on Jurisprudence and Legal History* N°08-02, 2008, (https://ssrn.com/abstract=1142847, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La compétence internationale de l'Espace judiciaire européen », *in Mélanges Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 397.

- « Autonomie et ordre public dans les Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI* 2016/2, p. 409.

F. VASSEUR-LAMBRY, Compte rendu de l'ouvrage L'identité de la personne humaine. Etude de droit français et de droit comparé, Jacqueline Pousson-Petit (dir.), n°91, *LPA*, 6 mai 2004, p. 5.

C. VILLA-VICENCIO, « Identity, difference and belonging : religious and cultural rights », *in* J. Jr. Witte, J. D. Van der Vyverr (éd.), *Religious human rights in global perspective - religious perspectives*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 517.

G. VINSONNEAU, « Le développement des notions de culture et d'identité : un itinéraire ambigu », *Carrefours de l'éducation*, vol. 14, n°2, 2002, p. 2.

L. VINX, « Santi Romano against the state ? », *Ethics & Global Politics*, vol. 11 (2), 2008, p. 25.

E. VITTA, « The Conflict of Personal Laws », *Israel Law Review*, 1970, p. 337.

J. WALDRON, « Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative », *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 25, 1992, p. 751.

M. WEBER, « Les trois types purs de la domination légitime », trad. E. Kauffmann, *Sociologie*, vol. 5, n°3, 2014, p. 291.

M.-P. WELLER, « Das Personalstatut in Zeiten der Massenmigration », *in* N. Dethloff, G. Nolte, A. Reinisch (éd.), *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick : Migrationsbewegungen*, Heidelberg, C.F. Müller, 2018, p. 247.

W. WENGLER, « Fragen der Faktizität und Legitimität bei der Anwendung fremden Rechts », *Festschrift Lewald*, Bâle, Helbing&Lichtnhahn, 1953, p. 615.

- note sous CA d'Ontario, 4 novembre 1963, *Schwebel v. Ungar*, *RCDIP*, 1965, p. 321.
- « Wege zur rechtlichen Steuerung des Verhaltens von Ausländern im Ausland und das internationale Privatrecht », *IPRax* 1983, p. 145.
- « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP*, 1990, p. 657.

A. WIMMER, N. GLICK SCHILLER, « Methodological Nationalism and Beyond : Nation-State Building, Migration and the Social Sciences », *Global Networks*, 2002, p. 301.

J. WOEHRLING, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse », *Revue de Droit de McGill*, vol. 43, 1998, p. 325.

M. XIFARAS, « The Global Turn in Legal Theory », *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* XXIX n°1, février 2016, p. 215.

N. YASSARI, « Wie privat darf die Scheidung sein ? », Verfassungsblog, 22.09.2017 (https://verfassungsblog.de/wie-privat-darf-die-scheidung-sein/, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

M. YAYLALI, « Community and law : identifying the locus of law in community », Conference Paper 25th IVR World Congress : Law, Science and Technology, Frankfurt am Main, 15–20 August 2011, *Paper Series Univ.-Bibliothek Frankfurt am Main,* n° 115, 2012, p. 2 (https://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/searchtype/series/id/16178/start/0/rows/10/yearfq/2012/docId/24973, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

I. YILMAZ, « Nation Building, Islamic Law and Unofficial Legal Pluralism : the Cases of Turkey and Pakistan », *in* N. Oberauer, Y. Prief, U. Qubaja (éd.), *Legal Pluralism in Muslim Contexts,* Leiden, Brill, 2019, p. 109.

IV- ENTREES D'ENCYCLOPEDIES, REPERTOIRES ET DICTIONNAIRES

H. AFCHAR, v°Iran, *in* K. Zweigert, U. Drobnig (éd.), *International Encyclopedia of Comparative Law Online*, Brill, Nijhoff, 2018.

B. ANCEL, « Qualification », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2009.

J.-G. BELLEY, v°Pluralisme juridique, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.

O. BLOCH, W. VON WARTBURG, v°Effectivité, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 2004, p. 213.

R. BOUDON, F. BURRICAUD, v°Autorité, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF, Paris, 1986.

B. BOUDOU, « Nationalisme méthodologique », *in* P. Mbongo, F. Hervoët, *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*, C. Santulli, Paris, Berger Lerault, 2014, p. 649.

B. BOURDELOIS, « Mariage », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mai 2022.

Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL), v°Appartenance, v°Institution, *in Trésor de la langue française informatisé (TLFI)* (https://www.cnrtl.fr/definition, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

E. CLEMENT, C. DEMONQUE, L. HANSEN-LOVE, P. KAHN, v°Nation, *La philosophie de A à Z*, Paris, Hatier, 2000, p. 306.

D. COESTER-WALTJEN, M. COESTER, « Formation of Marriage », *in* K. Lipstein, I. Szaszy, *International Encyclopedia of Comparative Law Online*, Brill, 1997 (https://referenceworks-brillonline-com.ezpaarse.univ-paris1.fr/entries/international-encyclopedia-of-comparative-law-online/iv-the-formation-of-a-marriage-COM_040304#notesup156, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

G. CORNU, v°Coordination, Effectivité, Identité, Organe *in* G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, 13ème éd., 2020.

V. DOLLO, J.-R. LAMBERT, S. PARAYRE, v°Lien social, *in* V. Dollo, J.-R. Lambert, S. Parayre, *Lexique de sociologie,* Dalloz, 5ème éd., 2017.

M. ENAYAT, v°Iran (2002), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023.

I. FADLALLAH, « Statut personnel », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2011.

I. FADLALLAH, C. TEXIDOR, « Polygamie », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mars 2013.

Z. W. FALK, « Jewish Family Law », *in* K. Lipstein, I. Szaszy, *International Encyclopedia of Comparative Law Online*, Brill, 1983 (https://referenceworks-brillonline-com.ezpaarse.univ-paris1.fr/entries/international-encyclopedia-of-comparative-law-online/ii-jewish-family-law-COM_041102#h041102F.Family, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

R. FENTIMAN, « Forum non conveniens », *in* J. Basedow, G. Ruehl, F. Ferrari, P. De Miguel Asensio (dir.), *Encyclopedia of Private International Law*, Northampton, Edward Elgar Publ., 2017, p. 797.

E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Qualification en droit international privé », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 531, 2023.

P. GANNAGE, « Liban », *Jurisclasseur Droit comparé*, Fasc. 2, 2009.

H. GAUDEMET-TALLON, « Divorce », *Jurisclasseur de droit international*, Fasc. 547-30, 2020.

P. GOTHOT, P. LAGARDE, « Conflits de lois », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 2006.

S. GOYARD-FABRE, v°Légitimité, *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 6ème éd., 2019.

R. GUASTINI et E. BLANKENBURG, trad. W. M. L. Capeller, v°Culture juridique, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.

S. GUERARD DE LATOUR, v°Multiculturalisme, C. Achin (éd.), *Dictionnaire. Genre et science politique. Concepts, objets, problèmes.* Presses de Sciences Po, 2013.

P. HAMMJE, « Divorce et séparation de corps – La loi applicable au divorce », *Répertoire de droit international,* Dalloz, novembre 2018.

R. HAUSMANN, commentaire de l'article 4 EGBGB, *in* J. von Staudinger *et alii* (éd.), *Kommentar zum BGB*, *EGBGB/IPR Art. 3, 3a, 4 ; Anhang zu Art. 4*, Otto Schmidt, de Gruyter, Berlin, 2019.

A. HUET, « Effets en France des jugements étrangers. Introduction générale : délimitation de l'étude », *JurisClasseur procédure civile,* Fasc. 2000-55, 28 mai 2020.

A. HUET, M. BARBA, « Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux », *JurisClasseur International*, fasc. 582-10, 22 février 2023.

B. S. JACKSON, trad. E. Landowski, v°Légalisme, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.

G. KALINOWSKI, v°Impératif, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.

S. KERNEIS, v°Autorité, *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 6ème éd., 2019.

K. KUPRECHT, v°Peuple autochtone, *in* M. Cornu, F. Orsi, J. Rochfeld (dir.) *Dictionnaire des biens communs,* PUF, « Quadrige », 2ème éd., 2021, trad. D. Tort, p. 4191.

A. LAQUIEZES, v°Sanction, *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 6ème éd., 2019.

P. LASCOUMES, v°Effectivité, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.

H. LÖSCHNER, v°Irak (1991), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023.

F. J. DE LUCAS, v°Légitimité, v°Solidarité, trad. N. Arnaud-Duc, A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* 2ème éd., LGDJ, 2018.

A. MARGALITH, D. ASSAN, v°Israel (2012), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023.

E. MAULIN, v°Positivisme, *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Lamy, 6ème éd., 2019.

P. MAYER, « Lois de police », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1999.

H. MOUTOUH, v°Pluralisme juridique, *in* D. Alland, S. Rials (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 6ème éd., 2019.

H. MUIR WATT, v°Domicile, *in* D. Alland, S. Rials (éd.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2019.

Ch. PAMBOUKIS, « Acte public étranger (internat.) », *Répertoire de droit international*, Dalloz, septembre 2019.

V. PARISOT, « Conflits internes de lois », *Répertoire de droit international,* Dalloz, janv. 2015.

Y. PLASSERAUD, v°Droit des minorités, *in Encyclopædia Universalis*, (https://www.universalis.fr/encyclopedie/droit-des-minorites, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

F. POIRAT, v°Etat, *in* D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 6ème éd., 2019.

A. R. RADCLIFFE-BROWN, v°Primitive Law, v°Social Sanctions, *in* E. R. A. Seligman (éd.) *Encyclopaedia of the Social Sciences*, New York, Mac Millan, vol. 9 (Primitive Law), vol. 13 (Social Sanction), 1933 (vol. 9), 1935 (vol. 13).

E. RALSER, « Domicile et résidence dans les rapports internationaux », *JurisClasseur de droit international*, LexisNexis, fasc. 543-10, 2017.

N. ROULAND, v°Pluralisme juridique (Théorie anthropologique), *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ème éd., LGDJ, 2018.

I. SALAMA, v°Jordanien (2020), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023.

D. SALAS, v°Juge, *in* D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 6ème éd., 2019.

F. SAREHANE, « Maroc », *Jurisclasseur de droit comparé*, Fasc. 20, 2022.

S. SCHÖNBERGER, K. KREUTZBERGER, v°Libanon (2019), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023.

K. SIEHR, commentaire de l'article 14 EGBGB, *in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* Munich, Beck, vol. 10, 5ème éd., 2010.

O. SPIES, v°Mahr, *in* C. Bosworth *et al.* (éd.), *The Encyclopaedia of Islam. New Edition*, vol. 6, Leiden, Brill, 1991.

D. THÜRER, v°Failing States, *in* W. Rüdiger *et alii*, *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law,* Oxford, New York, Oxford University Press, 2012.

F.-G. TREBULLE, « Responsabilité sociale des entreprises (entreprise et éthique environnementale) », *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2023.

M. URSINUS, v°Communautés, *in* F. Georgeon, N. Vatin, G. Veinstein (dir.)*, Dictionnaire de l'Empire ottoman,* Paris, Fayard, 2015.

R. VERDIER, « Customary Family Law », *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. IV, Brill, Novembre 1982.

J. VON HEIN, commentaire de l'art. 4 EGBGB, *in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,* vol. 12 : *IPR/Einl. Zum IPR*, Munich, Beck, 10ème éd., 2024.

U. WANITZEK, v°Tansania (2021), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023.

N. YASSARI, D. KRELL, v°Syrien, Arabische Republik (2021), *in* A. Bergmann, M. Ferid, D. Henrich *et alii*, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, Francfort sur le Main, 2023.

V- RAPPORTS, CONFERENCES

M. BOYD, *Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion*, 2004, (https://collections.ola.org/mon/9000/249162.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

N. COBURN, J. DEMPSEY, « Informal Dispute Resolution in Afghanistan », *Unites States Institute for Peace Special Report* 247, August 2010 (http://www.usip.org/sites/default/files/resources/sr247_0.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024).

Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

S. CORNELOUP, « Migrants in Transit or Under Temporary Protection : How Can Private International Law Deal with Provisional (But Not Necessarily Short-Term) Presence ? », intervention au séminaire « Current Research in Private International Law » du 4 octobre 2022 à l'institut Max Planck de Hambourg.

C. DEMMER, « Faire de la coutume kanak un droit. Enjeux, histoire, questionnements », *Rapport de recherche de la Mission de recherche Droit & Justice*, 2017.

P. FOURNIER, Document du Conseil canadien des femmes musulmanes, Projet sur le droit musulman/la chari'a, « Applicability of Sharia/Muslim Law in Western Liberal States », 11 septembre 2004, tel que cité par M. BOYD, « Résolution des différends en droit de la famille : pour protéger le choix, pour promouvoir l'inclusion », *Rapport d'enquête au Ministère du procureur général et au Ministère déléguée à la condition féminine de Toronto*, 2004 (https://collections.ola.org/mon/9000/249162.pdf, consulté pour la dernière fois le 31/08/2024), p. 96.

L. HANAFI, « The Legal System of Morocco. An Overview », *Konrad Adenauer Stiftung*, 2020.

IILHR – Institute for International Law and Human Rights, *Report on the situation of minorities and other vulnerable groups*, mai 2013.

VI- DECISIONS

A- Décisions françaises

1) Ordre judiciaire

Civ., 28 février 1860, *Bulkley*, *GADIP* n°4.

Req., 16 janv. 1861, *Lizardi*, *GADIP* n°5.

CA Alger, 2 décembre 1889, *Bartholo* ; *GADIP*, n°9.

Trib. civ. Seine, 3 juillet 1896, Lévine, *JDI* 1896, p. 848.

Civ., 9 mai 1900, *De Wrède*, *GADIP* n°10.

CA Paris, 17 mars 1902, *D.*, 1903, 2, p. 49, note E. BARTIN.

Civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, *Sirey*, 1906 (1), p. 161, note A. PILLET.

Req. 3 mars 1930, *Hainard*, S. 1930. 1. 377, note J.-P. NIBOYET ; *RCDIP* 1931, p. 329, note J.-P. NIBOYET.

Civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes*, *D.* 1951, p. 749, note J. HAMEL ; *RCDIP* 1950, p. 609, note H. BATIFFOL ; *S.* 1952.I.1, note J.-P. NIBOYET ; *JCP* 1950, II, 5812, note J.-PH. LÉVY ; *GADIP* n°22.

Civ., 17 avr. 1953, *Rivière*, *GADIP*, n°26.

Civ. 1, 22 juin 1955, *Caraslanis, RCDIP*, 1955, p. 723, note H. BATIFFOL ; *GADIP*, n°27.

Tribunal de la Seine, 26 octobre 1959, Reichenfeld, RCDIP 1960, p. 354, note Y. LOUSSOUARN ; Clunet, 1960, p. 814 (1ère espèce), note J.-B. SIALELLI.

Civ. 1, 21 nov. 1961, *Montefiore*, *RCDIP* 1962, p. 329, note P. LAGARDE ; *JDI* 1962, p. 686, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1962. II. 12521, note P. LOUIS-LUCAS ; *D.* 1963. 37, note P. FRANCESCAKIS ; *D.* 1963 Chron. 7 ; *GADIP*, n°36.

Civ. 1, 7 janv. 1964, *Munzer, RCDIP* 1964, p. 302, note H. BATIFFOL ; *JDI* 1964, p. 302, note B. GOLDMAN ; *JCP* 1964. II. 13590, note B. ANCEL ; *GADIP,* n°41.

TGI Seine, 12 janv. 1966, *RCDIP* 1967, p. 120, note Y. LOUSSOUARN, *JCP* 1967. II. 15266, note J.-M. BISCHOFF.

TGI Seine, 22 juin 1967, *JDI* 1968, p. 356, note R. DAYANT.

Civ., 4 octobre 1967, *Bachir*, *RCDIP* 1968, p. 98, note P. LAGARDE ; *Clunet*, 1969, p. 102, note B. GOLDMAN, *GADIP*, n°45.

Civ. 1, 17 juin 1968, *Kasapyan*, *RCDIP* 1969, p. 59, note H. BATIFFOL, *GADIP*, n° 46.

Civ. 1, 2 novembre 1971, *Clerget*, *Clunet* 1972, p. 267, note R. PINTO

Civ. 1, 3 mai 1973, *Stroganoff-Scherbatoff*, *GADIP*, n°52, p. 479 et s., *RCDIP*, 1975, p. 426, note Y. LOUSSOUARN.

Civ. 1, 26 novembre 1974, *Miniera di Fragne, GADIP* n°54, p. 504.

C*A Douai,* 8 janvier 1976, n°76-11-613.

CA Paris, 20 décembre 1976, *tribu de Bunlap et Bong Watase c/ Epx Gourguechon et Association « Connaissance du Monde »*, note D. RUZIE, *JDI*, 1977, p. 474.

CA Paris, 13 juillet 1977, *abbé Coache c. abbé Bellego*, *D.,* 1977, p. 460.

CA Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Zagha.*

TGI Paris, 19 janv. 1978, *JDI* 1979, p. 618, note M. SIMON-DEPITRE ; *RCDIP* 1978, p. 543, note V. DELAPORTE.

Civ. 1, 4 avril 1978, 1978-000137, *JDI* 1979, p. 353, note Y. LEQUETTE.

Civ. 1, 3 janv. 1980, *Bendeddouche*, *RCDIP* 1980, p. 331, note H. BATIFFOL, *JDI* 1980, p. 327, note M. SIMON-DEPITRE, *D.* 1980. 549, 1re esp., note E. POISSON-DROCOURT, *GADIP,* no 61.

CA Paris, 26 juin 1981, *Eckensberger*, *RCDIP* 1982, p. 537, note B. ANCEL.

Civ. 2, 9 dec. 1981, n°80-15.305, *Fougerolle*, *Rev. arb.* 1982, p. 1983, note G. COUCHEZ ; *JDI* 1982, p. 931, note B. OPPETIT.

Civ. 1, 17 févr. 1982, *Baaziz, RCDIP* 1983, p. 275, note Y. LEQUETTE ; 6 juill. 1988, *RCDIP* 1989, p. 71, note Y. LEQUETTE.

Civ. 1, 15 juin 1982, *Zagha*, *D.* 1983, p. 431, note E. AGOSTINI ; RCDIP 1983, p. 300, note J.-M. BISCHOFF.

Civ. 1, 15 févr. 1983, *RCDIP* 1983, p. 645, 2e espèce, note B. ANCEL.

Civ. 1, 9 oct. 1984, n°83-11.355, *Norsolor*, *RCDIP* 1985, p. 551, note B. DUTOIT ; *JDI* 1985. 679, note Ph. KAHN ; *Rev. arb.* 1985, p. 431, note B. GOLDMAN.

Civ. 1, 6 février 1985, *Simitch*, *RCDIP* 1985, p. 369 ; p. 243, chron. FRANCESCAKIS ; *JDI*, 1985, p. 460, note A. HUET ; *D.* 1985, p. 469, note J. MASSIP et *IR* 497, obs. B. AUDIT ; *GADIP*, n°70.

Civ. 1, 25 février 1986, *Shafa*, F. MONEGER, *R.*, 1987, p. 103.

Civ. 1, 22 avril 1986, *Riahi*, *RCDIP* 1987, p. 374, note P. COURBE.

Civ. 1, 21 juillet 1987, *RCDIP* 1988, p. 329, note B. ANCEL.

Civ. 1, 6 juillet 1988, n°86-16.499, *RCDIP* 1989, p. 360, note KHAIRALLAH ; *JDI* 1989, p. 715, note G. WIEDERKEHR.

Civ. 2, 21 novembre 1990, n°89-17.659, *D.* 1995, p. 245 note E. AGOSTINI.

CA Versailles, 6 février 1991, *RCDIP*, 1991, p. 745, note P. LAGARDE.

CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz et autres c. SNCFT*, *Rev. Arb.* 1991, p. 478 note L. IDOT.

Civ. 1, 22 octobre 1991, *Valenciana* n°89-21.528, B. OPPETIT, *RCDIP* 1992, p. 113 ; J.-C. DUBARRY, *RTD Com*., 1992, p. 171.

Civ. 1, 9 nov. 1993, n°91-19.310, *RCDIP* 1994, p. 644, note E. KERCKHOVE.

CA Nouméa, 22 novembre 1993, arrêt n°567, *Wenehoua c/ Watrone*, v. R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie : aux sources d'un droit commun coutumier*, lieu inconnu, éditeur inconnu, 2001, p. 125.

Civ. 1, 20 déc. 1993, *Dalico*, n°91-16.828, *JDI* 1994, p. 432, note E. GAILLARD, et p. 690, note E. LOQUIN ; *Rev. Arb.* 1994, p. 118, note H. GAUDEMET-TALLON ; *RCDIP* 1994, p. 663 note P. MAYER.

CA Paris, 14 juin 1995, M. X. c. M^me^ Y, *D.* 1996, p. 156, note F. BOULANGER et 174, obs. B. AUDIT ; *RCDIP* 1997, p. 41, note P. GANNAGE.

Civ. 1, 11 mars 1997, *Mobil North Sea*, *RCDIP* 1997, p. 702, note B. ANCEL ; *JDI*, 1997, p. 789, note M. SANTA CROCE ; *D.* 1998, p. 406, note E. AGOSTINI.

Com., 29 avril 1997, n°94-21.424 ; *D.* 1997, p. 459, note Y. SERRA ; *RTD civ.* 1998, p. 218, obs. R. LIBCHABER ; JCP G 1997, I, 4068, obs. G. VINEY.

Civ. 1, 2 déc. 1997*, Kubicka*, Juris-Data n°1997-004835, *RCDIP* 1998, p. 632, note P. GANNAGE ; *JCP* 1998, I, 135, obs. G. WIEDERKEHR.

Civ. 1, 7 avril 1998, Juris-Data n°1998-001625, *RCDIP* 1989, p. 644, note D. ANOUS-SAMY.

Civ. 1, 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, *RCDIP* 1999, p. 707, note H. MUIR WATT.

CA Paris, 14 juin 2001, *André v. SA Tradigrain France* ; *Rev. Arb.* 2001, p. 773, note Ch. SERAGLINI.

CA Paris, 20 décembre 2001, RG 1999/20447.

CA Paris, 7 févr. 2002, v. I. FADLALLAH, C. TEXIDOR, « Polygamie », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mars 2013, n°33.

CA Nouméa, 11 décembre 2003, *Angexetine*, Juris-Data n°2003-247723, v. V. PARISOT, *Les conflits internes de lois*, Paris, IRJS éd., tome 46, 2013, n°31, p. 100.

Civ. 1, 17 février 2004, *D.*, 2004, p. 824, conclusions F. CAVARROC ; P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.*, 2004, p. 815 ; *RCDIP* 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; *JDI*, 2004, p. 1200, note L. GANNAGE.

CA Nouméa, 29 juillet 2004, RG 03/292, v. V. PARISOT, S. SANA-CHAILLE DE NERE, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 409, spéc. p. 414.

Civ. 1, 16 nov. 2004, Bull. civ. 2004, I, n°268 ; H. CHANTELOUP, *D.* 2005. Pan. 1196.

CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès,* RG 2002/19606.

Civ. 1, 28 juin 2005, *Aubin*, n° 00-15.734, **Com. 28 juin 2005**, *Sté Itraco*, n° 02-14.686 (BICC 15 oct. 2005, n^{os} 627, 1941 et 1997 ; *RCDIP* 2005, p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *D.* 2005. 2853, note N. BOUCHE ; *Droit et patrimoine,* nov. 2005, n° 142, p. 108, obs. M.-E. ANCEL ; *Gaz. Pal.* 24-25 févr. 2006, p. 20, note M.-L. NIBOYET ; *LPA* 28 déc. 2005, n° 258, p. 16, note J.-G. MAHINGA ; *GADIP*, n° 83).

TGI Paris, 4 octobre 2005, RG 04/05825, inédit, v. N. JOUBERT et E. GALLANT, « Le recours à l'exception d'ordre public en droit français de la famille face à des normes de pays du sud de la méditerranée », *in* N. Bernard-Maugiron, B. Dupret, *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruylant, 2012, p. 307, spéc. p. 329 et s.

CA Aix-en-Provence, 15 nov. 2005, JurisData n°2005-293158, *Dr. Fam* 2006, comm. 80.

Civ 1, 22 nov. 2005, n°03-12.224, *JDI* 2006, n°3, p. 16, note I. BARRIERE BROUSSE.

Civ. 1, 6 décembre 2005, n°03-16.675, D. 2006, IR p. 98.

Civ. 1, 31 janvier 2006, n°02-18.297.

Civ. 1, 21 nov. 2006, n°05-22.002, note H. MUIR WATT, *RCDIP*, 2007, p. 575 ; *D.* 2007, p. 1751, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE.

Civ. 1, 20 févr. 2007, *Cornelissen*, *RCDIP* 2007, p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. TRAIN ; *D.* 2007. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLEE ; *D.* 2007. Chron. 892 ; *Gaz. Pal.* 29 avr.-3 mai 2007, n^{os} 119 s., numéro spécial : Contentieux judiciaire international et européen, p. 2, note M.-L. NIBOYET.

CA Nouméa, 9 juillet 2009, RG 08/66.

Civ. 1, 4 novembre 2009, n°08-20.574, note L. ABADIE, *Droit de la famille*, janvier 2010, n°1, commentaire 13.

Com. 16 mars 2010, n°08-21.511, *D.* 2010. Actu. 824 ; *RTD Com.* 2010, p. 457, note P. DELEBECQUE.

CA Paris, 23 mars 2010, n°08/23008, Nadjar, inédit.

Civ 1, 1er déc. 2010, n°08-20.843, *RCDIP* 2011.610, note V. PARISOT ; *JDI* 2011.589, S. SANA-CHAILLE DE NERE.

TPI de Nouméa, formation coutumière, 21 février 2011 (RG 9-451), v. H. FULCHIRON, « La filiation », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 51, spéc. p. 53.

Civ. 1, 6 avril 2011, *D.*, 2011, p. 1522, note D. BERTHIAU et L. BRUNET, *RCDIP*, 2011, p. 722, note P. HAMMJE, *RTD civ.*, 2011, p. 340, observation J. HAUSER.

Com., 12 juillet 2011, n°10-25.386, *D.* 2011, p. 2782, note A. ROBERT.

CA Nouméa 22 août 2011, RG nº 10/00531 et RG nº 10/00532, v. E. CORNUT, Chronique judiciaire, *RJPENC*, n°20, 2012/2, décembre 2012, p. 80, spéc. p. 85 et s. (à propos de CA Nouméa, 13 août 2012, RG 12/242, 27 août 2012, RG 12/242 et 11 oct. 2012 RG 2011/425).

Civ. 2, 1er décembre 2011, n°10-27.864, *RCDIP* 2012, p. 339, note P. LAGARDE.

CA Versailles, 16 février 2012, ch. 01, sect. 01, n°10/04809, Jurisdata 2012-002317 ; *RDLF* 2013, chron. 10, note J.-M. HISQUIN.

CA Nouméa, 11 mars 2012, n°12/213, 12/211, 12/212.

CA Nouméa, 19 avril 2012, n°11/384 et 11/383.

Civ. 1, 23 mai 2012, *RTD Civ.*, 2012, p. 566, obs. Ph. THERY.

TPI Nouméa, section détachée de Lifou, 25 juillet 2012, RG n°10/80, v. R. LAFARGUE, « Le contentieux classique de la terre. Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », *in* E. Cornut, P. Deumier (responsables scientifiques), *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE, décembre 2016, p. 101, spéc. p. 131.

Civ. 1, 26 sept. 2012, nº 11-20.463, non publié ; *Defrénois* 2013, p. 65, obs. P. CALLE.

CA Nouméa, 11 octobre 2012, RG n°2011/425, citée par E. CORNUT, « Chronique d'actualité judiciaire », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2012, p. 87.

CA Paris, 11 décembre 2012, RG n°11/17477, *M. G. Penya c. société BaRa*, *Rev. Arb.* 2012 (1), p. 286.

CA Nouméa, 15 janvier 2013, n°12/00136.

Soc. 19 mars 2013, nº 11-28.845, *D.* 2013, p. 956, avis B. ALDIGE ; *D.* 2013, p. 963, note J. MOULY ; *Dr. soc.* 2013, p. 388, chron. E. DOCKES.

CA Nouméa, 23 avril 2013, n°12/82.

CA Nouméa, 24 avril 2013, n°12/80, 12/81.

Civ. 1, 13 sept. 2013, *D.*, 2013, p. 2377, avis C. Petit, note M. FABRE-MAGNAN, p. 2349, chronique H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *RCDIP*, 2013, p. 909, note P. HAMMJE.

CA Paris, 3 décembre 2013, n°11/20285.

Civ. 1, 19 mars 2014, D., 2014, p. 905, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, *JCP*, 2014, 613, note J. HEYMANN.

CA Nouméa, ch cout., 30 oct. 2014, RG 13/225.

CA Paris, 20 janvier 2015, *Telecel Faso c. Alcatel Lucent International*, n°13/20318 ; *Rev. Arb.* 2015, p. 273 ; *D.* 2015, p. 2031, obs. S. BOLLEE.

Civ. 1, 28 janv. 2015, n°13-50.059, *D.* 2015, p. 464, note H. FULCHIRON, p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, p. 1408, obs. J.-J. LEMOULAND et

D. VIGNEAU, *AJ fam.* 2015, p. 71, obs. B. HAFTEL, p. 172, obs. A. BOICHE *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. PUIG, p. 343, obs. L. USUNIER, p. 359, obs. J. HAUSER, *JCP* 2015, n°318, obs. L. GANNAGE.

Assemblée plénière, 3 juillet 2015, *D.*, 2015, p. 1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON.

Civ. 1, 19 oct. 2016, n°15-50.098, *D.* 2016, p. 2549, obs. I. GALLMEISTER, note D. SINDRES ; *D.* 2017, p. 470, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; p. 1011, obs. H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE ; p. 1082, obs. J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU ; *AJ fam.* 2016, p. 546, obs. A. BOICHE ; *RCDIP* 2017, p. 535, note E. GALLANT ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. HAUSER ; *JDI* 2017, p. 146, note F. MONEGER.

Civ. 1, 18 janv. 2017, n°16-11.630.

Civ. 1, 4 mai 2017, n°16-13.645 (*D.* 2017, p. 1283).

Civ. 1, 15 juin 2017, n°16-20.671, non publié ; *JCP* 2018. Doctr. 228, n° 9, obs. M. FARGE.

Civ. 1, 5 juillet 2017, n°16-16.455, n°16-16.901, n°15-28.597, n°15-20.052 ; D. 2014. 1797, note F. CHENEDE, 1773, chron. H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, 1787, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, 1806, note L. D'AVOUT, 2015, p. 702, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, p. 755, obs. J.-C. GALLOUX, p. 1007, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE, et p. 1056, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; AJDA 2014, p. 1763, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; AJ fam. 2014, p. 499, obs. B. HAFTEL, et p. 396, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; RDSS 2014, p. 887, note C. BERGOIGNAN ESPER ; RCDIP 2015, p. 1, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON, et p. 144, note S. BOLLEE ; RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. HAUSER, et p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD.

Civ. 1, 19 septembre 2018, n°17-21.191.

Com., 30 janv. 2019, n°17-16.604, *D.*, 2019, p. 1017, obs. S. CLAVEL.

Civ. 1, 6 nov. 2019, n° 18-17.111, *JCP G* 2019, p. 157, note S. GODECHOT ; *Dr. famille* 2020, comm. 22, M. FARGE ; *D.* 2020, p. 130, note J. GUILLAUME ; *JDI* 2020, p. 937, note S. BOLLEE ; *RCDIP* 2020, p. 487, note P. LAGARDE.

Civ. 1, 18 déc. 2019, n° 18-12.327, AJ fam. 2020, p. 131 ; p. 9, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

Civ. 1, 14 octobre 2020, n°19-15.783, R. LEGENDRE, « L'ancrage du contrôle de proportionnalité en droit international privé de la famille », *RCDIP* 2021, p. 859.

Civ. 1, 17 mars 2021, n°20-14.360, note G. KESSLER, AJ Famille 2021, p. 315.

Civ. 1, 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon*, J.-B. RACINE, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Rev. arb.* 2022, p. 179 ; C. JARROSSON, « La jurisprudence Belokon-Sorelec, ou l'avènement d'un contrôle illimité des sentences », *Rev. arb.* 2022, p. 1251.

Civ. 1, 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec*, J.-B. RACINE, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Rev. arb.* 2022, p. 179 ; C. JARROSSON, « La jurisprudence Belokon-Sorelec, ou l'avènement d'un contrôle illimité des sentences », *Rev. arb.* 2022, p. 1251.

Civ. 1, 21 septembre 2022, n°21-50.042, *RCDIP*, 2023, p. 227.

Com., 16 nov. 2022, n° 21-17.338, D. 2022, p. 2040 ; RCDIP, 2023, p. 475.

Civ. 1, 23 mars 2022, n° 17-17.981, *Belokon* ; Civ. 1, 7 sept. 2022, n° 20-22.118, *Sorelec*, J.-B. RACINE, « Le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international : un état des lieux », *Rev. arb.* 2022, p. 179 ; C. JARROSSON, « La jurisprudence Belokon-Sorelec, ou l'avènement d'un contrôle illimité des sentences », *Rev. arb.* 2022, p. 1251.

CA Paris, 28 mars 2023, RG n° 21/08541.

2) Ordre administratif

CE, 20 juin 1867, *Abbé Roy,* F19 6108, *D.*, 1867, 3, p. 65.

3) Décision constitutionnelle

Conseil constitutionnel, 17 mai 2013, *GAJC*, tome 1, 13e édition, 2015, no 34

B- Décisions supranationales

1) Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

Commission européenne des droits de l'homme, 3 octobre 1983, *G. et E. c. la Norvège*, n°11701/85.

Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n°27 238/95.

Cour EDH 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, n°30882/96, v. E. DIENI, *Revue de droit canonique*, 2001, p. 127.

Cour EDH, 27 mai 2004, *Connors c. Royaume-Uni*, no66746/01.

Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg,* n°76240/01.

Cour EDH, 8 déc. 2009, *Munoz Diaz c. Espagne*, n°49151/07.

Cour EDH, 3 mai 2011*, Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, n°56759/08.

Cour EDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, n°43631/09, v. P. HAMMJE, « L'interdiction d'adoption face aux droits fondamentaux », *D.*, 2012, p. 2947.

Cour EDH, 5e sec., 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n°65941/11 et *Menesson c. France*, n°65192/11.

Cour EDH, 19 déc. 2018, n°20452/14, *Molla Sali c. Grèce.*

2) Décisions de la Cour de justice de l'Union européenne

CJCE, 9 mars 1999, C-212/97, *Centros.*

CJCE 2 octobre 2003, C-148/02, *Garcia Avello.*

CJCE 14 oct. 2004, C-36/02, *Omega*, *Rec.* I-09609, *AJDA* 2005, p. 152, note A. VON WALTER ; *D.* 2004, p. 2833 ; *RTD eur.* 2005, p. 867, chron. C. PRIETO.

CJCE, 1er mars 2005, C-281/02, *Owusu.*

CJUE, 18 juin 2006, C-519/04, *Meca-Medina.*

CJUE 14 octobre 2008, C-353/06 *Grunkin-Paul.*

CJUE, 22 décembre 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, *Rec.*, 2010, p. I-13693 ; *RTD civ.*, 2011, p. 98, obs. J. HAUSER ; *RTD eur.*, 2011, p. 571, obs. E. PATAUT.

CJUE 20 déc. 2017, C-372/16, Sahyouni.

CJUE, 7 avril 2022, C-568/20, note H. MUIR WATT, « Exequatur sur exequatur vaut parfaitement », *RCDIP* 2023, p. 135.

CJUE 20 juin 2022, C-700/20, London Steam Ship, D. 2022. 1773, obs. E. FARNOUX, D. 2022, p. 2330, obs. T. CLAY.

CJUE, 21 déc. 2023, C-124/21, International Skating Union c/ Commission européenne.

3) Décisions de la Cour internationale de justice

CIJ, 6 avril 1955, *Nottebohm*, *R.* 1955, p. 22

CIJ, 5 février 1970, *Barcelona Traction*, *R.*, 1970, § 70, p. 42.

4) Comité des droits de l'homme des Nations Unies

Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, 30 juillet 1981, *Lovelace c. Canada*, Doc NU A/36/40, 1981, p. 178 (sur la décision de la Cour Suprême du Canada, Procureur général du Canada c/ Lavell de 1973, *Recueil des arrêts de la Cour Suprême*, 1974, p. 1349).

C- Décisions étrangères

1) Allemagne

Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), 22 mars 1967, n°IV ZR 148/65, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen,* vol. 47, p. 324.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Hamm, 29 avril 1992, n°15 W 114/91, *IPRax* 1994, p. 49 ; *IPRspr* 1992, Nr 159.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Munich, 22 décembre 1992, n°4 UF 218/92, *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report* 1993, p. 1350.

Cour régionale d'appel de Berlin (*Kammergericht*), 11 janvier 1993, n°3 WF 7099/92, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 1994, p. 839.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Cologne, 4 avril 1994, n°20 U 226/92, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1994, p. 1523 ; *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report*, 1994, p. 1056 ; *IPRspr.* 94, Nr. 32.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Zweibrücken, 13 février 1997, n°IV R 15/96 ; *Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*, 1997, p. 1227.

Cour régionale d'appel de Berlin (*Kammergericht*), 27 novembre 1998, n°3 UF 9545/7, *IPRax* 2000, p. 126.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Cologne, 27 nov. 2001, n°4 UF 81/01, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht,* 2002, p. 1481.

Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), 6 octobre 2004, n°XII ZR 225/01, *IPRax* 2005, p. 346.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Francfort sur le Main, 16 janvier 2006, n°1 UF 40/04 ; *IPRax*, 2008, p. 252, note E. JAYME.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Celle, 10 oct. 2007, n°7 U 54/07, *NJW* 2008, p. 1005.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Hamm, 13 janvier 2011, n°18 U 88/10, *NJW-RR* 2011, p. 1197.

Cour régionale d'appel (*Oberlandesgericht*) de Munich, 18 déc. 2015, n°12 UF 1239/15, P. MANKOWSKI, « Zuordnung okkupierter oder annektierter Gebiete im IPR und IZVR », *IPRax* 2017, p. 347.

2) Canada

***Connolly c. Woolrich* (1867)**, 11 LCJ 197, 17 RJRQ 75 (CS).

***Johnstone c. Connolly* (1869)**, 17 RJRQ 266, 1 CNLC 151 (BR).

***Schwebel v. Ungar* (1963)**, 1 OR 430, 42 DLR (2d) 622, v. W. WENGLER, *RCDIP*, 1965, p. 321.

Schwebel v. Ungar (1964), RCS 148.

Thomas v. Norris (1992), 2 C.N.L.R. 139.

***Casimel c. Insurance Corp. of British Columbia* (1993)**, 106 DLR (4th) 720 (CACB).

***Nathoo v. Nathoo* (1996)**, BCJ No 2720 (SC), v. P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Presses de Sciences Po, « Académique », Paris, 2013, p. 112 et s.

***Kaddoura v Hammoud* (1998)**, 44 RFL (4th) 228, 168 DLR (4th) 503 (OntGD), v. P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Presses de Sciences Po, « Académique », Paris, 2013, p. 129.

***Lexus Maritime inc. v. Oppenheim Forfait GmbH* (1998)**, CanLII 13001 (QC CA), Q.J. No. 2059 (QL), v. G. GOLDSTEIN, « Le *forum non conveniens* en droit civil. Analyse comparative à la lueur du droit international privé du Québec et du Japon », *RCDIP*, 2016, p. 51.

***I.(S.) v E.(E.)* (2005)**, EYB 2005-95189 (CSQ), v. P. FOURNIER, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident. Les transplantations juridiques et le regard du droit*, Presses de Sciences Po, « Académique », Paris, 2013, p. 123.

***O.A.R.H.* (2006)**, QCCS 4894, v. H. AL-DABBAGH, « Effet au Québec des divorces étrangers non dotés de l'*exequatur* - Le cas des divorces islamiques », *RCDIP* 2022, p. 7.

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Hazimeh (2009), CF 380.

***Ali c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* (2019)**, CanLII 61380 (CA CISR), v. H. AL-DABBAGH, « Effet au Québec des divorces étrangers non dotés de l'*exequatur* - Le cas des divorces islamiques », *RCDIP* 2022, p. 7.

Hallak c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020), CanLII 84191 (CA CISR).

3) Etats-Unis

Gulf Oil Co. v. Gilbert, 330 U.S. 501, 508-09 (1947).

Santa Clara Pueblo et al., vs Julia Martinez et al., 436 U.S. 49 (1978).

National Farmers Union Insurance Cos. v. Crow Tribe of Indians, 471 U.S. 845 (1985).

Mark Kasky v. Nike, Inc., 27 Cal 4th 939, 45 P 3d 243, 119 Cal Rptr 2d 296 (2002).

4) Royaume-Uni

Singh v. Entry Clearance Officer, New Delhi [2004] EWCA Civ. 1075 (2005), Q.B. 608, v. R. BARATTA, « La *reconnaissance* internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI*, vol. 348, p. 260, note 276.

Tehrani v. Secretary of State for the Home department [2007] AC 521 [25].

Musawi v. RE International (UK) Ltd & Ors [2007] EWHC 2981 (Ch), v. W. BEN HAMIDA, « La compatibilité de l'arbitrage religieux avec les ordres juridiques étatiques : l'arbitrage confessionnel face à l'ordre public », *Annuaire Droit et Religions*, 2017-2018, vol. 9, p. 410.

Jivraj v. Hashwani [2010] EWCA Civ 712 ; [2011] UKSC 40, [2011], v. S. BRACHOTTE, « Les rationalités entremêlées : le droit international privé et les conflits sans issue », *in* H. Muir Watt *et alii* (dir.), *Le tournant global en droit international privé*, Paris, Pedone, 2020, p. 247.

R (on the application of ZAT and Others) v. Secretary of State for the Home Department [2016] UKUT 61, v. H. MUIR WATT, « Désastre humanitaire et droit international privé : de la jungle de Calais au labyrinthe de Dublin », *RCDIP*, 2016, p. 345.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

Accommodement

- Technique, Logique 355, **358-369**, 408, 590
- Obligation d'accommodement raisonnable **259**, 346, 438

Arbitrage international 198, 212, **568-574**

Arbitrage interne 198, 568, **575**, 579

Archétype (M. Alliot) **423-424**, 507, 528

Autonomie

- Principe d'autonomie 10, **21-22**, 102-105, **132**, 163, 185, 197, 212, **226-232,** 267-269, 289, 561, 571, 575
- Autonomie normative **112-115**, 162, 181, 192, 203, 356, 393, 406, 517, 552, 601

Autorité diffuse 175, 179, **532-539**, 552, 553, 598, 605

B

Bien commun 77, 104, **108-111**, 132, 296, 328, 383, 572, 607-608

C

Certificat de coutume 178, 367, 601

Communauté de droits 105, **284-285**, 481, 556

Communauté culturelle **108-109**, 128, 269, 284-285, 295, 316, **327-329**

Consensualisme v. Autonomie (principe d'autonomie)

Constitutionnalisme sociétal **110-111**

Coutume 16, 28, 63, 100-101, 113, 118, 131, 133, 242, 281, 345, **414**, 421, 536, **542**, 565-566

Cristallisation **147-152**, 248, 506, 518-519, 531, 548, 553, 561, 573, 585-589, 597, 599, 602

Culture — v. Communauté culturelle, **277-296**, 298

D

Droit international public — 11, 20, 31, 40, 52-53, 113, 117, 123, 125, 137, 146, 154-156, 159-160, 164, 166-167, 202, **290-296**, 334, 371, 515, 609

Droit d'*exit* (« *exit right* », droit de sortie) — **100-102**, 105, 224, **231-232**, 573, 604

Droits acquis — 10, 557

Droits fondamentaux — 24, 27, 31, 52, 79, 148, 152, 248, 259, 294, 234, 346, **361**, 548, 553, **594-595**

E

Ecoulement du temps — 152, **562-584**, 596, 599, 604

Effectivité

- Enjeu — 6-7, **95-99**, 123, 168, 505, 607-608
- Notion — 53-57, 117, 178-180, **191-195**, 201
- Effectivité concrète — **154-167**
- Effectivité de l'ordre non étatique — **310-312, 343, 345**

Equivalence des fonctions — **420-424**, 450, 461, **481-484**, 539, 579

F

« *Failing state* », Etat défaillant — 110, 154, **165-167**, 202, 305, 579, 584

Fatwa — 56, 152

Fonction recognitive de la règle de conflit de lois — 10, 223

G

Guet (gueth) — 1, 49, 100, 147, 196, 254, 364, 367, 413, 430-431, 436-438, 461, 496, 500, 521, 530, **538**

H

Handeln unter falschem Recht — 558, **560**

Hybridation — **11**, 81, 113, **181**, 414

I

Incorporation — 27, 63, 104, **199**, 212

J

Jurispersuasion — **188-191**

K

Kafala 288, 421-422

L

Laïcité 100, 255, 437, 441, **444-449**, 575

Légitimité **6-7**, 11, 21, 28, 55-56, **61-62**, **100-111**, 117, 143-144, 156, 186-192, 296, 368, 383, 505, 514, 535, 559, 565-566, 572, 579, 594, 607-608

Levinçon 431, 434, 438, 448, **457-461**, 474, 483, 601

Lex constructionis 104

Lex digitalis 6, 100, 109

Lex mercatoria 28, 88-89, 190, 199

Lex sportiva v. Ordre sportif

M

Mafia (ordre mafieux) 82, 98, 194, 201

Mahr 413, **421-422**, 426

Mariage à la *fâtiha* **305**

Méthode de reconnaissance des situations 1, 3, **148-153**, 212, 351, 502, 545, 548-550, **553-599**, 604, 608

Minorité 11-12, 31, 52, 258-259, 261, 288, **292-294**, 301-303, 317, **320**, 322-323, 334, 340, 387, 446, 565-566

N

Nationalisme méthodologique **3**, 12, 90

Nationalité

- Rattachement 10, 13, 130-131, 163-164, 212, 224, 237, **243-244**, 270, **288-289**, **295-296**, 315, 321, 397, 399, 447, 514
- Droit de la nationalité 240-242, 252, 262, 270

O

Ordre juridique (définition) 3, 28, 45, **74-75**, **83-90**, 93, 126

Ordre sportif 28, **55**, 74, 110, **113**, 184, **308**, 337, 572

Organisation terroriste 56, 97, 100, 194, 201

P

Permanence (objectif) **207**, 210-211, 215-216, 244, 263, 309, **329**, 348, 399, **555**

Pluralisme normatif

- Méthodologie 9, 32, **116-122**, 605
- Conception du pluralisme normatif (harmonieux, conflictuel) **382-408**, 453
- Existence d'un pluralisme normatif à l'étranger **397**, 470, 478, 576, 579

Pluralisme sociologique **43-46**, 87

Principe d'autonomie v°Autonomie

Principe, contrôle de proportionnalité 24, 95, 250, **358-359**, 361, 363-364, 376, **594-595**

Prise en considération 49, **63**, 66, 79, 98, 112, 190, 196, **200**, 412, 558

Private citizenship (citoyenneté privée ou différenciée) 10, **247**

Proximité

- Technique, rattachement 20, **133**, 163, 223-224, 228, 234, 294, 344-345, **395**, **402-406**, 453, 485
- Ordre public de proximité **443**

R

Réflexivité **11**, **44**, 110, 358, **380**, 408, 463

Règles de conflit internes **163**, 207, **264-266**, 351, 352, 381, 386, 393, 395, 399-401, 405, 407, 411, 481, 552

Relevance (notion) **64-80**

Répudiations (*talaq*) 17, 21, 146, 255, 365-366, 413, 421, 426, 432, 441, 461, 499-500, **508**, 514, 516, 518, 521, 530, 539, **543**, 545, 575

S

Sanction sociale 97, 167, **173-174**, 191-192, 311, **506-508**, 523, 525, 579, 584, 608

Sharia council 118, 181, 256

Signification conventionnelle (de l'acte) **508**, 552, 603

Socialisation 104, 228-229, **306-309**, 337, 343

Soft law 88, 95

T

Talaq v. Répudiations

U

Unilatéralisme-statutisme pluraliste 42, 358

W

Wesenseigene (wesensfremde) Zuständigkeit 457, **460**, 474

TABLE DES MATIERES

Remerciements vii
Résumé ix
Plan sommaire xi
Abréviations xiii
INTRODUCTION 1
I- Un traitement juridique du sujet ? 7
A- L'apport de la théorie et de la philosophie du droit 8
1) Les réponses au thème classique de la distinction entre droit et fait, normes juridiques et normes étrangères au droit 8
2) L'influence du postmodernisme en droit international privé et sa critique 11
a) Postmodernisme et « respect » 12
b) Postmodernisme et méthodes 15
B- L'apport des sciences sociales et politiques 19
C- Un traitement du non-étatique sur le terrain du droit international privé ? 24
A- Le droit international privé organise la coexistence des ordres juridiques étatiques 24
B- Le refus d'un traitement du non étatique au nom de la désuétude 26
C- L´évidence de la solution de l'autonomie en question 28
D- Précisions sur la problématique 30
PARTIE 1 : La notion de norme non étatique en droit international privé des personnes et de la famille 33
Titre 1 : Penser la notion de norme non étatique à partir des exigences spécifiques du droit international privé 35
Chapitre 1 : Le choix d'une approche fonctionnelle de la notion de norme non étatique en droit international privé 37
Section 1 : L'accueil des normes non étatiques confronté au pluralisme et monisme juridiques : difficultés et impasses 38
I- Exposé de la dichotomie entre pluralisme et monisme en droit international privé au regard de la norme non étatique 38
A- Monisme et pluralisme comme théories du droit (D. Boden) 38
1) Monisme 39
2) Pluralisme 40
B- L'influence restreinte d'un pluralisme sociologique ou anthropologique sur l'accueil des normes non étatiques 40
II- Les conséquences des deux théories sur l'accueil des normes non étatiques 43

A- Les deux théories permettent l'accueil des normes non étatiques....43

B- Conséquences insoutenables du monisme : la redéfinition des critères de juridicité remet en cause le mythe fondateur de l'Etat français....45

1) L'origine étatique de la norme comme critère de juridicité....46

a) L'interdiction du droit international public de soumettre à un contrôle de régularité la norme étatique étrangère....46

b) L'effectivité comme qualité propre aux normes étatiques....48

c) L'Etat comme unité universelle....50

2) L'impensable effondrement du mythe fondateur de l'Etat français....51

a) L'unité de l'Etat et du droit comme mythe fondateur....51

b) Illustrations en droit interne français....53

C- Conséquences du pluralisme : difficultés de définition de l'objet étudié....55

1) La conception de critères de relevance....55

a) La liberté de conception des critères de relevance....55

b) L'encadrement du choix des critères de relevance : à la recherche des critères de pertinence....57

i) La conformité au droit positif ou aux consensus existants....57

ii) L'opportunité des solutions concrètes....60

iii) La cohérence au regard des objectifs de la matière....62

2) La relevance pense la relation entre unités distinctes (ordres juridiques)....64

a) Définition de l'ordre juridique selon Romano....64

b) Difficultés d'identification de l'ordre juridique non étatique en droit international privé....65

c) Raffinements du concept d'ordre juridique....66

i) Le rejet de la tentation sociologique : l'assimilation de l'ordre juridique à tout groupe social....66

ii) Les définitions juridiques plus restrictives de l'ordre juridique s'appuient nécessairement sur une vision a priori de la juridicité....67

Section 2 : Un entre-deux fonctionnel : penser l'accueil des normes non étatiques dans le cadre du pluralisme normatif....70

I- Les enjeux propres à l'ouverture aux normes non étatiques en droit international privé....70

A- La nécessité d'une base de déduction – majeure du syllogisme judiciaire....70

B- L'articulation entre effectivité et légitimité de l'ordre étranger comme enjeu fondamental....72

1) L'insuffisance de l'effectivité comme critère unique....72
2) Les essais de définition de la légitimité hors de l'Etat....74
a) Assurer le respect de valeurs libérales....76
i) Critique du libéralisme et consensualisme conflictuel....76
ii) Libéralisme et condition a priori de relevance....79
b) Garantir la poursuite d'une vision collective du Bien....81
i) La communauté culturelle....81
ii) Le constitutionnalisme sociétal pour les pouvoirs privés (G. Teubner) 83
C- L'autonomie ou le degré d'indépendance de l'ordre non étatique étranger ..85
II- L'admission du pluralisme normatif comme cadre de réflexion....89
A- La norme étatique est le gage de l'autonomie, l'effectivité et la légitimité....89
B- La relativité du phénomène étatique et l'ouverture nécessaire aux normes non étatiques....90
Chapitre 2 : Les conséquences générales de l'approche fonctionnelle : premiers éléments de définition de la norme non étatique....95
Section 1 : Une définition autonome de l'Etat en droit international privé – le critère de l'effectivité concrète....96
I- La diversité des justifications du cadre de référence étatique pour le fonctionnement des méthodes de droit international privé....96
A- La nécessité de l'Etat dans le raisonnement bilatéraliste....97
1) L'Etat comme unité universelle....97
2) L'Etat comme concept permettant le passage d'une localisation matérielle à une localisation juridique....98
a) Les éléments de rattachement désignent nécessairement une norme étatique....98
b) L'insuffisance des rattachements alternatifs (principe d'autonomie, proximité)....100
c) Le rattachement en plusieurs temps....102
B- Raisonnement unilatéraliste et Etat....105
1) La règle de conflit unilatérale confrontée aux ordres non étatiques....105
a) La « volonté » de normes non étatiques à s'appliquer....106
b) La nécessaire « reconnaissance » étatique....108
2) Le fondement étatique du libéralisme des méthodes de reconnaissance en question....110
a) La source étatique de la décision comme fondement de la méthode de reconnaissance des décisions....110

b) L'ouverture possible des méthodes de reconnaissance à la décision et à la cristallisation non étatique 111

II- Réflexions sur la notion d'effectivité concrète en droit international privé 115

A- Le principe : effectivité concrète et rupture avec le droit international public 116

1) Le besoin d'une définition de l'Etat propre au droit international privé 116

2) L'effectivité concrète du pouvoir normatif de l'Etat 117

B- Appréciation de l'effectivité concrète de l'Etat étranger au sens du droit international privé 119

1) L'Etat infra-étatique comme Etat au sens du droit international privé 119

2) L'autorité de facto comme Etat au sens du droit international privé 123

Section 2 : Une définition de la norme non étatique partiellement tributaire de l'ordre étatique 127

I- La norme non étatique appartient à un ordre institutionnel caractérisé par l'existence d'une instance de règlement des conflits 127

A- Une nécessaire approche institutionnelle 127

1) L'insuffisance d'une approche purement normative 127

2) Le risque de ne retenir que des critères étatiques 130

B- Le critère de l'existence d'une instance de règlement des conflits 132

1) La pertinence du critère de l'existence d'une instance de règlement des conflits 133

2) Une difficile définition de l'instance de règlement des conflits 135

a) La fonction d'organisation sociale 136

b) Le caractère imposé de l'intervention de l'instance de règlement des conflits 136

II- L'incidence déterminante du critère de l'accès à la sanction étatique étrangère 138

A- L'accès à la sanction étatique conditionne le déclenchement des méthodes de conflit de lois et de reconnaissance des décisions 138

1) Le rejet de la jurispersuasion 138

2) Le critère de l'accès à la sanction juridique étatique 142

B- Autres techniques et méthodes en cas d'absence de sanction étatique 145

1) Norme non étatique et autonomie de la volonté 146

a) Norme non étatique et arbitrage 147

b) Norme non étatique et incorporation 148

2) Norme non étatique et prise en considération 149

Titre 2 : Les conditions de relevance des normes non étatiques propres au domaine personnel et familial : la désignation d'une communauté socioculturelle 155

Chapitre 1 : La tension entre identité(s) individuelle(s) et identité collective comme fondement du particularisme de la matière personnelle et familiale 157

Section 1 : Les rapports personnels et familiaux perçus à la fois comme fondement et comme expression de l'identité de l'individu.....159

I- Le caractère intrinsèquement ambigu de l'identité en droit international privé...160

A- L'identité, entre individualisme et déterminisme 160

B- Les propositions d'articulation des deux volets de l'identité en droit international privé.....163

1) La réduction de la matière personnelle et familiale à l'indisponible.....163

2) La conciliation au stade du choix de l'élément de rattachement 165

a) La volonté implicite au sein de l'élément de rattachement objectif.....165

i) Une conception déterministe des rapports familiaux 165

ii) Le domicile comme élément de rattachement volontaire 167

b) Encadrer la volonté au stade conflictuel : l'option de législation.....167

II- Le rejet d'une prise en compte du volet volontaire de l'identité au stade conflictuel.....169

A- Le rejet d'une libre négociabilité des critères d'identité 169

1) La nécessaire dimension collective de l'identité personnelle 169

2) L'absence d'introduction d'un « droit d'exit ».....172

B- Le rejet de la potentielle découverte d'une volonté tacite, embrassant éléments subjectifs et objectifs 172

Section 2 : Les rapports personnels et familiaux perçus comme intimement liés à une identité collective 175

I- La matière personnelle et familiale comme lieu de construction d'une identité collective 175

A- La matière personnelle et familiale et l'identité de l'ordre juridique français en droit international privé 176

1) L'émergence d'une identité collective « nationale » et sa traduction au sein de la règle de conflit de lois.....176

a) La réglementation de la matière personnelle et familiale et la création d'une identité collective nationale : l'argument historique 176

b) Matière personnelle et familiale et souveraineté en droit international privé 178

2) Le rôle actif du droit international privé dans la construction d'une identité collective cohérente 180

a) L'externalisation de la différence 180
b) L'exception d'ordre public international français 184
B- La matière personnelle et familiale comme lieu de revendications non étatiques 185
1) Les normes familiales assument un rôle de définition de l'identité du groupe d'appartenance non étatique 185
2) Vers une identité collective complexe ou « post-moderne » : la gestion des revendications identitaires non étatiques 187
a) Crispations identitaires relatives au statut de la femme 188
b) Entre autonomie et redéfinition de la citoyenneté 189
II- Le faible rôle du droit international privé dans la défense d'une identité collective étrangère 193
A- Manifestations unilatéralistes et respect de l'identité de l'Etat étranger 193
B- Autonomie et respect d'une identité collective étrangère 196
1) Le principe d'autonomie ne permet pas d'assurer le respect d'une identité collective 196
2) L'utilisation de la volonté par les Etats pluricommunautaires ne repose pas sur le principe d'autonomie 197
Chapitre 2 : La possible tension entre appartenance étatique et appartenance socioculturelle : l'ordre non étatique comme communauté socioculturelle 201
Section 1 : Le fondement socioculturel de la relevance de communautés non étatiques 203
I- La découverte d'un concept opératoire de culture en droit international privé ..203
A- La culture comme attribut du groupe d'appartenance 204
1) La notion de culture en droit international privé de la famille 204
a) La référence omniprésente à la culture chez Savigny 204
i) La centralité du Volksgeist dans la conception du droit et des rapports personnels et familiaux 204
ii) La communauté de culture comme prémisse et limite de la méthode conflictuelle 207
b) Les propositions doctrinales de prise en compte de la culture 208
i) Le versant individuel : le rejet de l'idée d'une identité culturelle de la personne 209
ii) Le versant collectif : le respect des cultures étrangères comme nouvel objectif du droit international privé de la famille 211
2) Du besoin de penser le groupe social 217
a) La culture, une notion impossible à appréhender juridiquement 217

b) Le groupe social comme support culturel 217

i) La recherche d'un critère intrinsèque : la structurabilité de l'unité sociale (Gurvitch).....219

ii) L'adoption d'un critère extrinsèque : la reconnaissance du groupe par son environnement.....220

B- L'ancrage socioculturel de la norme répond aux objectifs du droit international privé en matière personnelle et familiale internationale.....222

1) Cosmologie et devoirs de conduite 222

2) La structuration de l'identité personnelle par la norme socioculturelle 223

3) L'effectivité de la norme socioculturelle : les sanctions sociales du groupe restreint.....224

4) Solidarité familiale et protection des intérêts des tiers.....225

II- La mise à l'épreuve : dégager l'existence de communautés socioculturelles non étatiques.....226

A- L'Etat, communauté politique et culturelle.....226

B- L'insuffisance de la dimension culturelle de la communauté étatique au regard des objectifs du droit international privé et la nécessité de penser la communauté socioculturelle non étatique.....227

1) L'insuffisance avérée : la norme étatique « renvoie » à des normes socioculturelles 228

2) La norme étatique repose sur la culture de la majorité.....228

3) La norme étatique repose sur des considérations étrangères aux objectifs du droit international privé.....229

Section 2 : Les caractéristiques de la communauté socioculturelle pertinentes en droit international privé.....233

I- La communauté socioculturelle comme archétype classique, opposé à la communauté libérale.....234

A- Présentation de l'opposition entre modèle culturel et modèle libéral.....234

1) Le modèle culturel 235

2) Le modèle libéral.....236

B- La limitation du modèle culturel à la matière personnelle et familiale.....237

II- Les incidences du modèle culturel sur les techniques du droit international privé 239

A- La communauté socioculturelle est un ordre normatif holiste et dense, permettant le jeu du bilatéralisme.....239

B- La communauté socioculturelle est restreinte et locale, l'échelle pertinente est l'échelle étatique 241

1) Au cœur de la communauté socioculturelle : l'intensité des interactions sociales 241

2) Les interactions sociales s'inscrivent dans un espace géographique restreint 242

PARTIE II : Le régime de la norme non étatique dans les rapports personnels et familiaux internationaux 251

Titre 1 : La coordination avec la norme non étatique par le retrait du for sur le terrain de la compétence internationale 253

Chapitre 1 : Le choix d'un bilatéralisme revisité 255

Section 1 : Parvenir à la désignation d'une norme non étatique 256

I- L'unilatéralisme ou l'impossible résolution du conflit de lois par la désignation de la norme non étatique 256

A- Les critères unilatéralistes traditionnels en cas de vrai conflit ne permettent pas la désignation de la norme non étatique 256

B- L'intervention du principe de proportionnalité et l'idée d'accommodement au sein de la doctrine unilatéraliste 258

1) L'accommodement, une technique doublement limitée 260

a) L'accommodement suppose une physionomie particulière des éléments à concilier 260

b) L'accommodement ne permet pas de résoudre les vrais conflits autrement que par le cumul des devoirs de conduite 262

2) Accommodement et office du juge 264

II- L'application circonstanciée de la norme non étatique selon la méthode bilatérale 267

A- Localisation et possibilité d'accommodement 267

B- Le rejet du critère de l'appartenance commune des parties à une communauté 268

1) Présentation des propositions doctrinales 268

a) La « community-based analysis » (P. S. Berman) 268

b) Des rattachements en cascade (C. Kessedjian) 271

2) Le rejet d'un critère intrinsèque aux parties : penser l'articulation en fonction de la nature du litige 272

Section 2 : Penser l'articulation des points de vue étrangers étatique et non étatique 275

I- Le raisonnement en termes de principe/exception ou l'hypothèse du pluralisme normatif harmonieux 276

A- Un fondement discutable : l'hypothèse du pluralisme normatif harmonieux .276

1) L'argument traditionnel : le besoin de paix sociale en situation d'interaction régulière des ordres normatifs 277

2) La nature du consensus normatif 278

3) La critique de l'analyse économique du pluralisme normatif (J. Griffiths) 279

B- Les conditions d'intervention de l'exception et de l'application de la norme non étatique 282

1) L'absence de défaillance du rattachement étatique 282

2) L'invocation de la norme non étatique par les parties 283

3) La mise en œuvre d'un critère requérant une appréciation in concreto : l'exception de proximité ou de légitimes prévisions des parties 284

II- Le raisonnement en termes de rattachement en plusieurs temps ou l'hypothèse du pluralisme conflictuel 287

A- La défaillance du rattachement en cas de pluralisme communautaire 288

B- Le choix de la technique de rattachement seconde 288

1) L'impossible réinterprétation de la règle de conflit de lois au regard des objectifs poursuivis 289

2) L'introduction d'une seconde méthode de résolution du conflit de lois 290

a) L'intervention d'un mécanisme unilatéraliste second 290

b) L'intervention d'un raisonnement *in concreto* : la proximité ou les légitimes attentes comme rattachement second 291

Chapitre 2 : L'introduction d'une exception d'incompétence 299

Section 1 : Les difficultés d'application de la norme non étatique en l'absence de communauté de droit 300

I- L'opération de qualification 303

A- L'impossible équivalence des « institutions » (à la recherche d'un universel) 305

1) La nature fonctionnelle de l'équivalence 306

2) L'absence d'équivalence fonctionnelle avec les institutions non étatiques 307

a) Exemples 307

b) Explication théorique 310

B- La qualification comme opération située, complexe et susceptible de réflexivité (l'absence d'universel actée) 313

1) L'objet de la qualification est le projet des parties (B. Ancel) 313

2) La technique de l'avancée expérimentale 314

C- Le défaut d'équivalence fonctionnelle des organes du for et étranger à l'étape de l'application de la loi étrangère 316

1) L'intervention d'une autorité non étatique assurant une fonction fondamentalement inconnue du droit français 317

2) L'insatisfaisante application de la norme non étatique : entre dénaturation de la norme étrangère et impossible adaptation 320

a) L'insatisfaisante qualification de l'intervention de l'autorité non étatique comme condition de forme ou comme question procédurale 320

b) Qualification *lege causae* et impossible adaptation 322

II- L'intervention de l'ordre public international 323

A- L'égalité des sexes 324

B- Laïcité et application d'une norme religieuse 326

1) L'absence de pertinence de la distinction entre normes militantes et normes sociologiques 326

2) L'absence de pertinence du principe de laïcité 327

Section 2 : Penser l'articulation sur le terrain de la compétence internationale 331

I- Le principe d'une exception d'incompétence 331

A- La remise en cause de la distinction entre compétence et conflit de lois 332

B- Les arguments en faveur d'une solution sur le terrain de la compétence 332

1) Les solutions connues du droit positif 333

a) L'arrêt *Levinçon* 333

b) La *wesensfremde Zuständigkeit* 334

c) Le *forum non conveniens* 336

2) La seule coordination envisageable est une coordination par le retrait 340

II- Le régime de l'exception d'incompétence 343

A- Les conditions de déclenchement de l'exception d'incompétence 344

1) Le volet dogmatique : le respect de l'intégrité de l'ordre étranger 344

a) Le nécessaire fondement du respect de l'intégrité de l'ordre étranger 345

b) Un fondement ne heurtant pas l'intérêt des parties à l'obtention de la justice du for 345

c) Un fondement manquant de précision 345

2) Le volet technique : difficultés de désignation de l'ordre non étatique et d'application de la norme non étatique 346

a) Les difficultés d'adaptation 346

b) Les difficultés de désignation de l'ordre non étatique 349

B- Office du juge et sanction de l'exception : la réintégration de considérations d'ordre procédural 350

1) Un sursis à statuer conditionné à la preuve de la saisine de l'autorité non étatique....351

2) Un sursis à statuer discrétionnaire....352

Titre 2 : L'extension du domaine des méthodes de reconnaissance à l'intervention d'une autorité non étatique....357

Chapitre 1 : L'ouverture des méthodes de reconnaissance à l'intervention d'une autorité d'un ordre non étatique....359

Section 1 : Le maintien d'un critère organique : l'appartenance de l'autorité intervenante à un ordre normatif étranger....361

I- Les justifications du recours à un critère organique au stade de la reconnaissance....361

A- Le rejet de rituels sociaux ne nécessitant pas l'intervention d'une autorité tierce aux parties....362

B- Le rejet du critère unique de la fonction « juridictionnelle » de l'autorité étrangère....364

II- La vérification de la compétence internationale indirecte de l'autorité non étatique....365

A- L'absence de remplacement de la condition de compétence indirecte par la reconnaissance étatique étrangère de la décision non étatique....366

B- L'appréciation du lien caractérisé avec l'ordre non étatique....369

Section 2 : L'intervention d'une autorité non étatique comme condition nécessaire mais insuffisante au déclenchement des méthodes de reconnaissance....373

I- Le jugement non étatique, un mode particulier de règlement non étatique des conflits susceptible de reconnaissance....374

II- L'extension de la catégorie des « autres décisions » aux décisions non étatiques....378

A- Les justifications du principe de la qualification de l'acte non étatique comme décision....380

1) Parti pris méthodologique et considération politique....380

2) La difficile identification de l'autorité non étatique et la remise en cause des critères doctrinaux....382

a) Exemples attestant de l'horizontalité du pouvoir....383

b) La difficile application aux ordres non étatiques des critères dégagés en doctrine....384

B- La nécessité d'une reconnaissance étatique de la décision....389

C- Les incidences d'une présomption de qualification en tant que décision....390

1) Actes quasi publics et ordres non étatiques....391

2) Le retrait du conflit de lois et de la méthode de reconnaissance des situations....392

Chapitre 2 : Normes non étatiques et mise en œuvre exceptionnelle de la méthode de la reconnaissance des situations....399

Section 1 : Une mise en œuvre de la méthode de reconnaissance des situations à contre-courant....400

I- La reconnaissance des situations au service premier des intérêts privés....401

II- Les fondements de l'utilisation de la reconnaissance des situations aux fins de coordination avec les ordres non étatiques....403

Section 2 : L'écoulement du temps comme élément objectif et central au déclenchement de la méthode....407

I- Les différents rôles du critère de l'écoulement du temps....407

A- L'écoulement du temps comme marqueur de l'effectivité sociale et palliatif de l'absence de reconnaissance étatique ?....408

1) L'absence de palliatif au défaut de reconnaissance étatique....408

2) La nécessité d'adjoindre à l'écoulement du temps d'autres fondements permettant le jeu de la méthode de reconnaissance des situations....410

a) Reconnaissance des sentences arbitrales, domaine personnel et familial et communautés non reconnues....410

i) Communautés socioculturelles et arbitrage....412

ii) Reconnaissance des sentences arbitrales et communautés socioculturelles : critique....414

b) L'utilité de la méthode de reconnaissance des situations en situation de pluralisme normatif....420

B- L'écoulement du temps comme marqueur de l'existence d'une norme non étatique dans un ordre non étatique reconnu....423

II- Les autres conditions du déclenchement de la méthode de reconnaissance des situations....425

A- L'absence de contrôle de la validité de la situation selon la loi au regard de laquelle elle s'est cristallisée....426

B- Ordre public atténué et contrôle de proportionnalité....431

CONCLUSION GENERALE....439

BIBLIOGRAPHIE....445

INDEX....509