

INTRODUCTION

7. La discipline du droit international privé est envisagée ici comme un réceptacle d'idées – formulées en termes juridiques sous la forme de théories, de concepts, de définitions ou d'outils – relatives à l'extranéité, et par voie de conséquence, métaphoriquement, à l'altérité. Formellement, elle se présente comme étant d'essence méthodologique³¹, ce qui veut dire à la fois qu'elle propose des modes de raisonnement qui opèrent à un méta-niveau³², et que ceux-ci en constituent toute la substance³³. Sous cet angle, ses méthodes, qui entrent en jeu dès qu'elles détectent un élément exogène, s'emploient à répartir, distribuer ou délimiter (des lois, des ressorts juridictionnels, des questions de droit); elles n'apportent pas de réponse immédiate à une question de droit substantiel.

8. Or, en droit, quel que soit le niveau auquel elle opère, la consistance d'une méthode n'est jamais indifférente³⁴. Cela est également vrai, bien entendu, de toute discipline scientifique; si l'existence d'une discipline se signale à partir de son aptitude à rendre compte de la manière dont se sont instaurées ses pratiques spécifiques d'accession à la

31. Le droit tout entier en tant que discipline a bien évidemment une «logique» ou des méthodes propres; mais si celles-ci sont ses modes spécifiques d'accession à la connaissance (sa façon de penser) et permettent de le distinguer des autres sciences sociales (par exemple), elles n'en constituent pas à proprement parler l'objet. Celui-ci réside plutôt dans la régulation des rapports sociaux. Les différentes «branches» du droit visent alors à instituer ou à réguler l'emploi, la famille, le marché, la propriété (même si elles ont également leurs méthodes spécifiques: la «logique» du droit de la concurrence n'est pas la même que celle du droit du travail). La particularité du droit international privé est donc d'avoir pour objet des méthodes de détermination des autorités ou des lois relevant de l'ensemble de ces autres catégories. Sur la notion de méthode et la distinction entre méthode et méthodologie, voir V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2014, 2^e édition, 2016. Pour plus de réflexions sur la notion de méthode, voir *infra*, n° 17.

32. Le concept de «méta» est fréquemment rapporté à la norme: ainsi, l'idée de méta-norme, attribuable à Habermas, opère à un niveau différent de l'énoncé normatif ordinaire, au croisement de la philosophie politique et de la théorie sociale: voir A. Salvatore, «La sharia moderne en quête de droit: raison transcendante, méta-norme et système juridique», *Droit et société*, LGDJ, 1998, n° 38, p. 302.

33. Nous reviendrons un peu plus loin sur la façon dont les méthodologies propres à cette discipline sont généralement perçues *infra*, n° 27 ss.

34. L'idée selon laquelle la méthode serait «neutre» c'est-à-dire relevant de la seule technique, sans interférence avec le fond, est particulièrement tenace en droit en général (et en droit international privé en particulier). Comme on le verra, la pensée libérale postule que la «forme» y est dissociée de la «substance» (voir *infra*, note 94).

connaissance³⁵, la méthode peut être vue comme sujette à interprétation – c'est-à-dire, relevant elle-même d'une herméneutique³⁶. C'est ainsi que l'emploi de telle ou telle technique de raisonnement juridique revêt nécessairement des significations qui sont aussi bien épistémologiques que politiques: le passage du syllogisme à la proportionnalité, par exemple, ou d'une lecture littérale des textes à une interprétation téléologique, implique une série de représentations du droit, de la fonction du juge, de la relation entre les branches du gouvernement, etc. Pareillement, introduire la loterie (ou encore, l'utilisation des *big data*) dans le processus juridictionnel procéderait également des prémisses très particulières sur la nature de la norme juridique³⁷. A leur tour, ces prémisses ont une résonance écologique³⁸ – au sens où elles évoquent elles-mêmes l'interaction du droit avec son environnement interdisciplinaire.

9. Il en va de même en droit international privé, où un choix d'ordre méthodologique présuppose une certaine conception aussi bien des systèmes (ou des «ordres») juridiques nationaux et des sociétés qu'ils régissent, que de leurs rapports réciproques et des conditions géopolitiques dans lesquelles se nouent ces derniers. Comme l'observe S. Symeonides dans le contexte du droit international privé américain,

35. Pour une réflexion consacrée au phénomène de la discipline juridique, voir F. Audren et S. Barbou des Places (dir. publ.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, Lextenso, collection Contextes, à paraître. Sur les liens entre méthode et épistémologie dans le domaine juridique, voir *infra*, 18.

36. Voir M. Strathern, «Commons and Borderlands», dans *Working Papers on Interdisciplinarity, Accountability and the Flow of Knowledge*, Wantage, Sean Kingston Publishing, 2004, écrivant sur la méthode en tant qu'herméneutique dans le domaine de l'anthropologie. Voir pour une illustration dans le domaine juridique, Duncan Kennedy, «The Hermeneutic of Suspicion in Contemporary American Legal Thought», 25 *Law and Critique* (2014), p. 91-139.

37. Sur les dimensions éthiques de la loterie en tant que méthode décisionnelle (sinon de raisonnement), voir N. Duxbury, *Random Justice*, OUP, 1999. Sur les aspects épistémologiques de l'emploi d'un raisonnement probabiliste fondé sur les informations produites par les *big data*, voir A. Garapon, «La justice prédictive», dans «Menaces sur le jugement», Séminaire *Initiation à la philosophie politique*, IHEJ Paris, 2017.

38. Le terme «écologique» est utilisé dans ce contexte par G. Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford Constitutional Theory, Oxford University Press, 2012. Selon la théorie luhmanienne des systèmes sociaux dont s'inspire cet auteur, le droit est un mode, ou rationalité, de communication, qui traite en permanence des informations venues de son environnement (et vice versa). Le terme vient des sciences de la vie, et notamment de la biologie (qui utilise également la théorie des systèmes) et est utilisé de façon très extensive dans d'autres disciplines, notamment pour comprendre les processus cognitifs. Postulant qu'entre l'individu et son environnement, il existe un échange continu d'information, d'énergie et de matière, une approche écologique des systèmes sociaux souligne donc l'appartenance de l'individu à un écosystème.

l'idée est parfois avancée selon laquelle la méthodologie en droit, et la méthodologie du conflit de lois en particulier, « ne comptent pas »³⁹; or, en dépit de la « nonchalance hasardeuse » que la Cour suprême déploie sur ce terrain, la question sous-jacente est toujours celle de la place à faire aux valeurs⁴⁰. Cependant, il est frappant qu'en dépit de son lien en quelque sorte existentiel avec le croisement des cultures, l'interaction des communautés, ou la confrontation de points de vue idéologiques divers, la discipline reste assez largement en dehors des débats relatifs à la façon de penser ou de gérer la différence qui agitent les (autres) sciences sociales et humaines⁴¹. Elle s'est construite en effet tout entière à partir de réflexions relatives aux vertus respectives des différentes modalités formelles qu'empruntent ces méthodes; de telles réflexions sont menées sur le registre, massivement technicien, de la critique interne⁴². Autrement dit, ce qui est en discussion, c'est la cohérence ou l'efficacité de tel ou tel raisonnement, et très rarement sa signification au regard de la philosophie, de l'économie politique, de l'esthétique ou encore de l'épistémologie telles qu'elles prennent forme dans le champ juridique⁴³. Le risque qui guette la matière, fameusement dénoncé par

39. S. Sterk, « The Marginal Relevance of Choice of Law Theory », 142, U Pa L R 949, 1994.

40. En l'occurrence, celles qui seraient incarnées dans le droit américain: S. Symeonides, *Choice of Law*, OUP, 2016, p. 668 et 669.

41. Notamment, le rôle de la *French Theory* est bien plus visible dans les disciplines voisines (les sciences sociales) que dans le domaine juridique. Nous espérons contribuer dans ce cours à la création d'une passerelle pour ce qui concerne le droit international privé. La parution du livre de François Cusset, *French Theory. Foucault, Derrida, Deleuze & Cie et les mutations de la vie intellectuelle aux Etats-Unis*, en 2003, éditions La Découverte, a soudain donné une plus grande visibilité en France aux *Cultural Studies* et autres mouvements intellectuels inspirés de théoriciens européens (et non seulement français) qui ont fleuri aux Etats-Unis pendant vingt années: voir Table ronde autour du livre de François Cusset, *French Theory* (sous la direction de M.-J. Rossignol et P. Guerlain), *Transatlantica*, 2005, n° 4.

42. Voir *supra*, n° 2. Ce n'est pas à dire qu'elle n'est pas traversée des polémiques d'ordre politique; loin de là (sur les conditions d'attribution de la nationalité; sur la légitimité des sources supranationales; sur l'orientation politique des droits fondamentaux... on va en rencontrer de nombreuses illustrations dans ce qui suit). Mais le cœur épistémologique n'en est pas affecté. Bien au contraire, comme on va le voir, ces controverses se traduisent précisément par des crispations d'ordre méthodologique.

43. Il existe de notables exceptions, bien entendu: par exemple, les ouvrages d'après-guerre, *Aspects philosophiques du droit international privé*, d'Henri Batiffol, Paris, Dalloz, 1956, ou *Sistema y Filosofia del Derecho Internacional Privado*, de Werner Goldschmidt, EJE, 1952. Nous aurons l'occasion ci-après de nous inspirer des travaux contemporains de D. Boden, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. droit*, 2005, p. 275; ou de K. Knop, R. Michaels et A. Riles (dir. publ.), « Transdisciplinary Conflict of Laws », dans *Law and Contemporary Problems*, volume 71, n° 3, 2008.

ses critiques réalistes outre-Atlantique⁴⁴, est celui d'une fétichisation de la technique : ce risque est d'autant plus grand en effet que la technique y est sophistiquée et exerce une forme de fascination intellectuelle. Car alors l'horlogerie juridique revêt une densité particulière qui, tel le trou noir, peut absorber l'énergie de l'observateur et rendre aveugle au sens plus profond des outils utilisés.

10. C'est sans doute l'impératif très contemporain de dépasser l'horizon du droit étatique qui investit aujourd'hui d'une certaine urgence la mise en résonance des méthodes du droit international privé avec un arrière-plan de positions esthétiques, politiques et éthiques à l'égard de l'altérité. Nulle part en effet l'invitation à réfléchir à l'écologie interdisciplinaire du droit n'est plus pressante que dans les tentatives actuelles d'élaborer ce qui pourrait être un « droit global » qui se passerait du support institutionnel de l'Etat et obligerait ainsi à revisiter les fondations morales de l'autorité⁴⁵. Il faut souligner ici que le « tournant global » en droit (ou qui affecte le droit) ne concerne pas exclusivement le domaine économique, comme on le pense parfois, mais met en scène les rencontres de cultures et d'idéologies sur bien d'autres plans. Par ailleurs, comme le rappelle M. Xifaras, ce n'est pas parce que le global provoque de telles rencontres ou qu'elle lisse et uniformise les différences, que l'ethnocentrisme – dont il sera question, plus loin, en droit international privé – a disparu : bien au contraire, il se reproduit, en se déplaçant, dans une forme de « global-centrisme »⁴⁶. S'inscrivant en tout cas dans cette recherche sur le devenir du droit dans des conditions (politiques, épistémologiques, scientifiques...) qui ne sont plus celles de la modernité, le propos qui sera développé dans ce cours comprendra donc les méthodes du droit international

44. Voir *infra*, n° 26, 31 ss.

45. Voir N. Walker, *Intimations of Global Law*, Cambridge University Press, 2015, p. 148 ss :

«... the intimated quality of global law connects closely with the particular kind of claim to authority that global law entails. Global law flows out of the decentring of a sovereigntist framework and the resulting challenge to conventional state-centred understandings of modern legal authority. Yet the form and process of global law's emergence reveal various special features of its own uncertain relationship to authority, a full appreciation of which requires a close examination of the role of all those who are involved in endeavours to fashion and to authorise global law ». Comp. aussi, rassemblant des contributions pluridisciplinaires, M. del Mar et R. Cotterrell, *Authority in Transnational Legal Theory*, E. Elgar, 2016.

46. M. Xifaras, *op. cit.*, p. 233, qui observe : « In the era of the *post*, ethnocentrism has not disappeared. It has been transformed into something like *global-centrism* that faithfully repeats its shape and blindness. »

privé comme autant de traductions, dans les formes du droit, de positionnements sous-jacents à l'égard de l'altérité.

11. Revenir, aujourd'hui, sur les méthodes du droit international privé, s'inscrit ainsi dans le questionnement que doivent mener toutes les sciences sociales et humaines sur les modes d'accueil de la différence des cultures, des pratiques ou des « formes de vie »⁴⁷ (par. 1). A ce dernier égard, le concept même de méthode requiert un approfondissement (par. 2), de même que celui de critique externe, à laquelle il est proposé de soumettre les modes de raisonnement propres à cette matière (par. 3). Il sera temps alors de faire un bref rappel de l'historiographie conventionnelle du contenu méthodologique de la discipline (par. 4) avant d'en proposer une typologie différente, fondée sur l'ouverture de l'ordre juridique à l'égard de l'altérité, et qui servira de cadre pour la suite de ce cours (par. 5).

Paragraphe 1. Les raisons du retour sur les méthodes

12. Il est frappant que le débat politique dans les démocraties occidentales⁴⁸, polarisé désormais autour de l'identité collective ou individuelle⁴⁹, tend à emprunter des termes juridiques⁵⁰ et, avec eux, de

47. Sur ce concept, voir *supra*, n° 4.

48. C'est dans ce contexte que ce cours est « situé », mais ce n'est pas à dire que d'autres cultures ne connaissent pas de polarisation identitaire : voir notamment, F. Benslama, *Un furieux désir de sacrifice. Le surmusulman*, éd. Le Seuil, Paris, 2016, opposant le « sujet de la communauté » au « sujet social » et observant que la promesse du retour au monde de la tradition est celle de « l'ordre rassurant d'une communauté avec ses normes contraignantes, avec l'assignation à un cadre autoritaire qui les soulage du désarroi de leur liberté et d'une responsabilité personnelles sans ressources, psychiques et matérielles » (p. 58).

49. Sur la question de l'identité individuelle et la psychanalyse, voir F. Benslama, *La psychanalyse à l'épreuve de l'Islam*, Flammarion, « Champs » Essais, Paris, 2002, et comp. aussi sur l'inconscient culturel musulman, Michael Vannoy Adams, *Interdisciplinary Applications of Jungian Psychoanalysis*, Routledge, 2014, p. 84 ; sur la place de l'identité collective dans le « nativisme », populiste et xénophobe, voir M. Lazar, « Du populisme à gauche : les cas français et italien », *Vingtième Siècle. Revue d'Histoire*, n° 56, 1997, p. 121-131 ; sur la place de « la politique de l'identité » dans le multiculturalisme, voir *infra*, n° 273, 295, 311 ss.

50. Un sentiment de dépossession culturelle, la peur de l'insécurité économique conduit à une politique de fermeture – l'érection de murs, la fermeture des frontières, la restriction de l'immigration, la chasse à l'étranger – qui est justifiée par des arguments formulés dans le langage du droit. En ciblant la globalisation comme menace pour la civilisation, l'immigration comme confiscation de l'emploi, les élites cosmopolites comme ennemi du peuple, le discours politique emprunte le vocabulaire de la nation, de la souveraineté ou de la sécurité. Bien entendu, ce n'est pas à dire que ce soient les seuls termes du débat : celui-ci emprunte également des formes politiques, historiques, philosophiques... Ce type de concept (identité, nation, tradition, souveraineté) est toujours intersectionnel, les disciplines n'étant pas des mondes clos.

nouvelles formes de dogmatique⁵¹. A cet égard, le droit est convoqué de plus en plus⁵² à titre défensif, pour produire un discours légitimant l'exclusion de l'altérité. C'est en effet au nom du droit que l'identité, la tradition ou la souveraineté, représentées comme nécessairement exclusives et univoques, ont pu être avancées comme autant de raisons de construire des barrages contre l'intrusion de personnes et de formes de vie étrangères, perçues comme inassimilables. Du rejet de l'immigrant, le pas est vite franchi vers la disqualification, au nom du droit, aussi bien de la culture des communautés religieuses minoritaires que des identités individuelles hétérogènes⁵³. Dans le contexte spécifiquement judiciaire, on le verra, cette défiance s'étend précisément aux normes juridiques exogènes⁵⁴. Ainsi, l'étranger apparaît comme une *métaphore* de la différence, y compris sur le terrain de la culture et du droit : le rejet, l'indifférence ou l'accueil positif à son égard traduisent autant de positionnements à l'endroit de la diversité des pratiques et des croyances ou de l'extranéité des sources normatives. Mais la métaphore a également une portée plus large dans les discours identitaires, où l'altérité tend à signifier une dérive ou une déviance par rapport à la normalité des formes de vie. La portée du rejet de l'étranger s'étend à celui de l'étrange, en matière d'orientation sexuelle ou de tenue vestimentaire (religieuse), par exemple, ou encore à des façons différentes de vivre le genre⁵⁵.

13. Or, toute la question de l'attitude à adopter à l'égard de l'extranéité, en droit, relève, on le sait, du ressort historique du droit international privé. Discipline chargée de mettre en place la rencontre du droit du for avec l'étranger, porteuse d'une conceptualisation juridique spécifique de l'altérité, elle constitue à cet égard l'arrière-plan normatif des interventions plus volontaristes et plus contingentes

51. Celles-ci auraient en commun des schémas simplificateurs et réducteurs. Voir sur l'intéressant parallèle des nouvelles formes de dogmatique dans les domaines scientifiques, *Islam et science. Antagonismes contemporains*, d'Alexandre Moatti, PUF, 2017.

52. On ne suggère pas ici que le droit ne soit jamais invoqué en sens inverse, ni qu'il ne puisse pas incarner une éthique et une politique inverses fondées sur l'hospitalité et le pluralisme. C'est l'objectif même de ce cours de le démontrer.

53. Pour un exemple récent parmi bien d'autres : <http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/nigel-farage-london-terror-attack-multiculturalism-blame-immigration-lbc-radio-ukip-mep-leader-a7645586.html>.

54. Voir *infra*, n° 84 ss sur le rejet de pratiques religieuses « différentes » disqualifiées comme « étrangères » et la suspicion croissante à l'égard des sources non nationales du droit.

55. On aura l'occasion de constater la corrélation entre le refus de l'extranéité et le rejet de l'altérité, *infra*, n° 94 ss.

du législateur⁵⁶. En effet, si le discours politique dans lequel est traitée la question de l'extranéité est rempli de concepts qui trouvent un écho particulier en droit international privé⁵⁷, il importe aussi de voir le droit lui-même comme un phénomène discursif⁵⁸. Son langage est directement performatif⁵⁹, mais il construit aussi de façon moins visible la réalité qu'il prétend décrire⁶⁰. C'est en effet le discours véhiculé par le droit qui crée de façon plus diffuse les paramètres de la normalité⁶¹. Profondément impliqué dans les processus de transformation que l'on désigne sous l'étiquette, devenue très polémique, de la globalisation⁶²,

56. Sur le rôle du droit en arrière-plan, le plus souvent invisible ou ignoré, dans la détermination des règles du jeu de la vie sociale : Duncan Kennedy, «The Stakes of Law, or Hale and Foucault!», *Legal Studies Forum*, volume XV, 4, 1991, p. 327.

57. Certains concepts qui ont migré vers l'espace public – comme la souveraineté, la compétence étatique, la nation, la frontière, la citoyenneté... –, ressortissent à l'héritage que partage cette discipline avec le droit international public. D'autres, comme la liberté de circulation et ses implications pour le mouvement transfrontière des individus et des sociétés, représentent son point de rencontre avec le droit de l'Union. D'autres encore, comme l'extranéité – sa définition, ses modes d'expression et son accueil – relèvent davantage du cœur de métier du droit international dans sa dimension «privée».

58. On le voit à la puissance de certaines métaphores juridiques (le corps politique, par exemple). Sur la constitution d'une identité politique par le langage du droit, voir Jiri Priban, *Sovereignty in Postsovereign Society. A European Perspective*, Applied Legal Philosophy Series, Ashgate, 2015. L'idée du droit comme sémiotique, surdéterminé par des significations inconscientes, est également centrale aux approches post-structuralistes comme les *Critical Legal Studies*. La question se pose cependant de savoir si le droit n'est que discursif et s'il ne se trouve pas également dans des convictions et pratiques culturelles d'ordre non rhétorique : voir P. Fitzpatrick, *The Mythology of Modern Law*, précité.

59. Pour prendre un exemple qui sera repris plus loin (voir notamment *infra*, n° 201 ss), c'est bien le droit qui crée ces «limbes juridiques» qui se constituent dans des camps provisoires pour migrants ou dans des centres de rétention administrative. Ces limbes sont le résultat d'un ensemble de sources juridiques composées de la police administrative des étrangers (sur le terrain naguère dit de «la condition des étrangers» qui comprend leur entrée et séjour), du droit de l'Union européenne (à l'égard de la situation des travailleurs détachés provenant d'autres Etats membres), du droit international public (sur le statut des réfugiés), voire du droit administratif (pour le port du «burkini» sur les plages françaises). Les droits de l'homme prennent également le relais en interdisant aux Etats le renvoi des prisonniers, détenus et demandeurs d'asile en cas de risque de traitements inhumains et dégradants, mais peinent à se faire une place à l'intérieur des camps qui demeurent le plus souvent des zones de non-droit étatique, quoique imprégnés d'autres normativités.

60. Sur le rôle de l'esthétique à cet égard, voir *infra*, n° 375, 382.

61. C'est le caractère invisiblement biaisé du discours juridique qui est relevé par les théories critiques post-structuralistes, féministes ou post-coloniales (voir *infra*, n° 273, 382); sur la réflexion philosophique d'E. Balibar sur ce point voir *infra*, n° 200 ss.

62. Une variété de phénomènes, plus ou moins bien compris, lui est imputée (tels le néo-libéralisme, la perte de souveraineté étatique, mais aussi l'activisme judiciaire, la pollution de la culture juridique par des influences exogènes ou encore les droits de l'homme). L'insécurité se traduit par une défiance à l'égard des interactions personnelles ou culturelles avec l'autre, perçu comme l'invasisseur. Sur la notion et ses rapports avec le droit international privé, voir H. Muir Watt, «La globalisation et

le droit international privé se prête en particulier à une interrogation sur la vision du monde dont il est porteur par la langue. En effet, tandis que les divers concepts juridiques qui relèvent spécifiquement de son champ disciplinaire émigrent vers l'arène politique, au service d'une cause défensive ou offensive, protectrice de valeurs menacées ou promotrice de lumières, insulaire ou d'ouverture, selon les cas, il est difficile de croire qu'il n'est pas traversé en retour par les oppositions qui s'y affrontent autour de la place de l'extranéité au sein de la société nationale.

14. Pourtant, drapée de technicité, de neutralité ou d'apocritie, la discipline reste pour l'essentiel paradoxalement passive dans ces débats⁶³ comme si elle n'avait rien à dire sur l'immigration, le contrôle des frontières voire l'identité nationale ou les modalités du vivre-ensemble⁶⁴. C'est là tant l'effet de la «schize» qui marque le retrait du droit international privé par rapport à son homologue public⁶⁵, que la caractéristique du droit privé en général, invisible parce que permissif⁶⁶. Ses constructions semblent «naturelles». Il y a là une raison très importante de vouloir revenir sur le contenu proprement méthodologique de cette discipline. A cet égard, il est certain que les mêmes concepts – identité, tradition, souveraineté – qui sont au cœur du discours «ethno-nationaliste», peuvent également être compris dans le sens contraire d'ouverture, d'hybridité et de solidarité⁶⁷. Le droit international privé ne commande, intrinsèquement, aucune de ces interprétations, dont il permet, en revanche, très catholiquement, l'expression. Lorsque l'une ou l'autre signification se cristallise à un

le droit international privé», dans *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, 2015, LGDJ, p. 591.

63. En tout cas, en dépit de la facilité avec laquelle les concepts du droit international privé sont invoqués pour justifier une attitude individuelle ou collective à l'égard de l'extranéité, on a l'impression d'une grande désorientation dans sa réponse. L'absence d'une conception d'ensemble tendrait à accréditer l'idée selon laquelle il ne serait que la simple traduction de la politique, tiraillée dans des sens opposés sans direction ni sens intrinsèques. Ce serait passer trop vite sur son rôle d'arrière-plan normatif et la signification profonde de ses propres méthodes, qu'il s'agira ici de scruter.

64. Ou sur la gouvernance globale en général : voir H. Muir Watt et D. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014, *passim*.

65. H. Muir Watt, «Private International Law beyond the Schism», 2011 2 (3) *Transnational Legal Theory*, p. 347.

66. Duncan Kennedy, *op. cit.*, p. 333 :

«A basic reason for the invisibility of the distributional consequences of law is that we don't think of ground rules of permission as ground rules at all, by contrast with ground rules of prohibition ... The invisibility of legal ground rules comes from the fact that when lawmakers do nothing, they appear to have nothing to do with the outcome.»

67. On reviendra sur la possibilité de renverser le sens des concepts *infra*, n° 402.

moment donné de l'histoire sociale, à travers des textes légiférés, des décisions judiciaires ou encore des acceptions collectives, elle résulte inéluctablement de choix politiques, souvent inconscients et toujours revêtus des atours de la nécessité juridique⁶⁸.

15. Cette cristallisation invisible du sens des concepts a beaucoup à voir, au sein de cette discipline, avec les méthodes qu'elle met en œuvre. Celles-ci expriment, sous une surface de technicité⁶⁹, diverses attitudes à l'égard de l'altérité, de sorte que l'emploi de l'une ou de l'autre revêt une signification plus profonde que ne le laisse apparaître la distance, ou la hauteur, qu'elles revendiquent par rapport au fond. En effet, dans le domaine des savoirs disciplinaires, l'orthodoxie consiste toujours à enseigner, selon une forme de « monogamie intellectuelle », qu'à un moment donné, il n'existe qu'une seule vraie méthode⁷⁰. C'est là bien une raison de scruter celles qui, dans divers contextes sociaux et à des époques différentes, ont été investies d'un rôle dominant en droit international privé.

16. Pareille intuition se confirme à travers les raisons avancées par d'autres tentatives de sonder le sens des formes spécifiques au domaine juridique. Ainsi, G. Samuel nous exhorte à comprendre à quel point la pensée juridique est traversée par les mêmes dichotomies (nature / culture, ordre/désordre, holisme/individualisme) qui affectent les sciences sociales ; « prendre les méthodes au sérieux » dans le domaine juridique serait alors éviter le dogmatisme et l'appauvrissement intellectuel qui en menacent aujourd'hui la crédibilité⁷¹. De son côté, dans sa flamboyante étude de la « géopolitique du droit », P. G. Monateri observe que « la modernité semble s'être construite comme une couche fine superposée sur des traditions antécédentes, dont les

68. Le débat politique contemporain est loin d'être le premier où le droit international privé est mobilisé au soutien de politiques nationalistes, protectionnistes, populistes ou indépendantistes. Il en est allé ainsi en Europe, de la théorie territorialiste des statuts (voir par exemple, la doctrine de d'Argentré, 1519-1590) mais aussi dans le personnelisme de Mancini (1817-1888), qui a déferlé sur l'Europe au nom du principe des nationalités. Pareillement, dans la tradition de *common law* héritée de l'école hollandaise des statuts (Ulrich Huber : 1636-1694), la théorie des droits acquis a constitué une défense de l'indépendance politique d'abord des Pays-Bas ensuite des Etats-Unis, au nom de la souveraineté nationale.

69. Sur la notion de technique juridique, voir *supra*, n° 2.

70. Comme le rappelle une épistémologie critique : voir E. Messer-Davidow, D. Shumway et D. Sylvan, « Introduction : Disciplinary Ways of Knowing », dans *id. Knowledges. Historical and Critical Studies in Disciplinarity*, University Virginia Press, 1993, p. 12. On aura de nombreuses occasions de le vérifier dans ce qui suit.

71. « Taking methods Seriously » (Part One), *Journal of Comparative Law*, 2007, 2 (1), p. 1, et (Part Two) *ibid*, 2 (2), p. 210. Les risques qu'il évoque sont l'amateurisme, l'ossification, l'endoctrinement et l'obsession à l'égard des règles et des textes.

caractéristiques apparaissent particulièrement aujourd'hui, à l'heure de leur dissolution. La justice semble receler dans ce contexte une réserve de signification plus profonde que la politique elle-même⁷². Dans un contexte différent, mais avec autant de résonance pour le monde contemporain, O. Jouanjan réfléchit à l'inquiétante propension du droit à produire par le canal de ses formes et de ses méthodes, un «devoir d'obéissance à l'injustifiable» et souligne à cet égard le rôle de ces dernières dans la justification de l'indicible, à travers le discours du droit nazi⁷³. L'urgence de l'exercice se passe d'autres explications. Encore faut-il se pencher sur la notion même de méthode, en droit comme en droit international privé.

Paragraphe 2. La notion de méthode

17. Avant d'en aborder le sens spécifique que lui prête le droit international privé, c'est naturellement vers l'épistémologie du droit qu'il faut se tourner pour comprendre ce qu'est une méthode juridique⁷⁴. A cet égard, selon une définition simple, une méthode représente un protocole, une série d'étapes intellectuelles codifiées dont le signe distinctif est d'opérer à un méta-niveau par rapport au raisonnement juridique qu'elle oriente : on dira ainsi qu'il y a une (ou plusieurs) méthodes de raisonnement. A ce titre, la proportionnalité est une méthode juridique, comme le sont le syllogisme ou la balance des intérêts. On peut y associer des méthodes d'interprétation spécifiques

72. *Geopolitica del diritto*, Coll. Libri del Tempo, 2013, introduction. Peut-être, poursuit-il,

« existe-t-il un « ineffable de la loi » qui ne se laisse pas capturer dans la direction de la gouvernance efficace du monde. Il ne s'agit pas simplement des *rituels* de la justice, mais des archétypes, pour ainsi dire de la théologie politique, qui résiste même dans la justice contemporaine. ... Au fond, célébrer la loi orale revient à administrer un mystère, tandis qu'utiliser une loi écrite revient à administrer une révélation. ... C'est ainsi que la fin de la modernité nous restitue une dimension de la justice qui se perpétue depuis bien avant la naissance du « politique », et qui continue à vivre même après sa décomposition actuelle ».

73. *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, d'Olivier Jouanjan, PUF, collection « Léviathan », 2017.

74. On peut se demander s'il y a une méthode spécifique au droit, qui ne serait pas celle de la médecine, de la science économique ou de la sociologie, par exemple. Il est certain que le droit ne répond pas aux attentes et exigences d'autres disciplines scientifiques en raison de sa vision « interne » : il ne peut – ou du moins, telle en est la représentation traditionnelle – se saisir qu'à travers ses propres catégories. Il recourt en effet à un paradigme d'autorité qui le rapproche de la théologie et l'éloigne de la science, qui requiert la validation par l'expérimentation. Voir G. Samuel, « Is Law Really A Social Science? », précité.

de textes constitutionnels, comme l'originalisme, ou son contraire, la lecture évolutive ou organique⁷⁵. En droit international privé, sont des méthodes, par exemple, la recherche du siège d'un rapport juridique ou la protection des droits acquis. Or, ce détour sur la notion de méthode, qui conduira très rapidement à une réflexion sur son mode d'emploi (et aussi, sur l'imagerie qu'elle suscite, l'incidence qu'elle peut avoir sur le type de résultat qu'elle produit, ou la comparaison critique avec d'autres méthodes...) relève elle-même de la méthodologie⁷⁶, c'est-à-dire du savoir sur les méthodes⁷⁷.

18. Cependant, comme le fait remarquer Geoffrey Samuel, en droit, il est souvent difficile de distinguer la méthodologie de l'épistémologie : la connaissance du droit passe par le savoir sur les méthodes de raisonnement⁷⁸. En droit international privé, pareille confluence est encore accentuée par le fait que cette matière se distingue, au sein du droit, par son contenu exclusivement méthodologique⁷⁹. Se distinguant à cet égard d'autres disciplines juridiques, il se sert du terme « méthode » pour désigner son propre contenu, lequel est constitué tout entier d'un assemblage de techniques et de procédés de raisonnement qui opèrent eux-mêmes à un méta-niveau par rapport aux étapes intellectuelles qui s'imposent lors de la mise en œuvre du droit substantiel. Par ailleurs, le mode d'emploi de la méthode est indissociable d'un savoir sous-jacent sur le sens, l'histoire et le contexte de son utilisation. C'est pourquoi méthode et méthodologie, bien que théoriquement distinctes, seront souvent utilisées indifféremment dans ce qui suit. Par exemple, la « méthode unilatéraliste », composée d'une certaine démarche tendant à désigner la loi applicable selon les propres critères de celle-ci, s'accompagne nécessairement d'une méthodologie, c'est-à-dire d'un savoir conceptuel sur la façon de procéder et le sens et les raisons de le faire ainsi.

19. Mais si le rapport entre la production de la connaissance et la méthode juridique a bien fait l'objet d'une réflexion, celle-ci est surtout

75. Voir *infra*, n° 84 ss.

76. Sur la distinction entre méthode et méthodologie, voir V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, précité n° 3 ss.

77. Voir à ce titre, P. Lagarde, « La reconnaissance, mode d'emploi », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 481 ss, qui est une réflexion d'ordre méthodologique sur la méthode de reconnaissance.

78. G. Samuel, « Taking Methods Seriously » (Part One), précité, p. 1.

79. Voir pour plus de développements sur ce point, H. Muir Watt, chapitre 42 : « Theorizing Private International Law », dans A. Orford, F. Hoffmann *et al.*, *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*.

le fait des comparatistes, dont l'injonction de «prendre les méthodes au sérieux»⁸⁰ est d'évidence particulièrement importante lorsqu'il s'agit, comme nous essayons également de le faire ici, de comprendre la façon dont le droit appréhende l'altérité. Une réflexion distanciée sur la fonction des méthodes en droit relève alors de l'épistémologie critique. Celle-ci dévoile ainsi la façon dont les méthodes agissent, ici comme ailleurs, sur la façon dont les savoirs sont produits et organisés, fournissent les schémas de perception, les outils cognitifs et les concepts nécessaires à l'interprétation. A cet égard, les méthodes empruntent et reproduisent en même temps les standards scientifiques acceptés au sein d'une communauté épistémique, maintenant ainsi l'illusion d'une unité disciplinaire et contribuant par là même à la constitution d'une orthodoxie théorique⁸¹.

20. Cependant, dans le domaine du droit international privé, les méthodes bénéficient en règle générale d'une surprenante immunité à l'égard des évaluations d'ordre externe, qui seraient menées du point de vue de leurs effets distributifs ou symboliques, par exemple⁸². Elles semblent y offrir peu de prise, en tant qu'elles tendraient seulement à départager les revendications souveraines ou à distribuer les questions de droit, gardant ainsi leur distance avec les questions de fond; elles sont rarement envisagées en tant qu'elles releveraient elles-mêmes de l'herméneutique⁸³. Il s'agit en revanche d'un domaine où la critique d'ordre interne est particulièrement développée, c'est-à-dire, une critique menée du point de vue de la cohérence ou de l'efficacité propres

80. G. Samuel, «Taking Methods Seriously», *op. cit.*

81. Voir G. Frankenburg, *op. cit.*, p. 6.

82. Il y a ici aussi de notables exceptions. Voir par exemple, dans la période récente, E. Jayme, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *RCADI*, 1995, tome 251, p. 13; G. Salamé, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, PUAM, 2006, préface H. Muir Watt; D. Boden (*op. cit.*) a proposé, de son côté, une magistrale analyse éthique des méthodes. Trois chercheurs nord-américains (K. Knop, R. Michaels et A. Riles), en lançant l'idée d'un «droit du conflit de lois transdisciplinaire» (*op. cit.*), ont ouvert une véritable avenue, dans laquelle se sont engagés divers auteurs soucieux de relier les savoirs du droit international privé aux nouvelles avancées du «droit global» ou à la «théorie transnationale du droit» (voir H. Muir Watt, «Conflicts of Laws unbounded: the Case for a Legal-Pluralist Revival», *Transnational Legal Theory*, volume 7, 2016, p. 313). Mais le pedigree de l'exercice est ancien, au demeurant, puisque le huitième tome du *Traité de droit romain* de Carl von Savigny lui-même s'adosse délibérément à une philosophie libérale du droit puisée dans une vision politique de l'Allemagne et liée à une épistémologie très particulière. Plus tard, les *Aspects philosophiques de droit international privé* (précité) de Henri Batiffol ont exercé de leur côté une influence considérable sur la pensée de plusieurs générations d'internationalistes, dans le monde francophone et au-delà.

83. Voir *supra*, n° 3 ss.

des divers assemblages de procédés et de techniques qu'elle propose en vue de distribuer les lois et les compétences : c'est précisément ce qui conduit au « pluralisme des méthodes » caractéristiques de la discipline⁸⁴. Pourtant, aucune n'est neutre au sens où elle résulterait d'un choix « purement technique ». Bien au contraire, toutes ces méthodes, qui se construisent et se défont en fonction de contingences historiques et de conceptions en cours plus largement dans la pensée juridique, sont investies en réalité d'une charge politique et éthique toute particulière. Prises comme les formes à travers lesquelles le droit rencontre l'altérité, ces méthodes sont à la fois le réceptacle de l'ensemble des idées, débats et polémiques relatives à cette rencontre et un prisme à travers lequel ces derniers peuvent être évalués.

*Paragraphe 3. Critique externe :
les trois catégories d'analyse retenues*

21. Ainsi, la critique qu'il est proposé de mener ici est « externe » en ce sens qu'elle cherchera à mieux comprendre les ressorts de la discipline à la faveur d'un éclairage venu d'ailleurs, d'en dehors de celle-ci. Plus précisément, dans ce qui suit, ces formes que sont les méthodes du droit international privé seront prises chacune comme relevant d'une certaine *esthétique*, corrélée au fond à un positionnement d'ordre *politique* et à un registre *éthique*. Ces trois catégories sont loin d'être exhaustives ou étanches, mais on les espère au moins suffisamment pédagogiques pour démontrer l'intérêt d'une mise en résonance des méthodes du droit avec d'autres perspectives disciplinaires. Il est vrai, par exemple, que les liens entre éthique et esthétique, qui seront évoqués plus loin, peuvent conduire à des redondances. De même, les catégories choisies laissent de côté l'épistémologie ou l'anthropologie, par exemple, qui constituent autant d'angles d'approche très pertinents⁸⁵. Par ailleurs,

84. Du nom d'un célèbre cours de H. Batiffol : « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 139 (1973), p. 79 ss ; voir aussi H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : Richesses et faiblesses », *Recueil des cours*, tome 312 (2005), p. 13 ; P. Picone, « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 276 (2000), p. 13 ss ; P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Recueil des cours*, tome 327 (2007), p. 9 ss.

85. Ainsi, les catégories retenues ici ne sont certainement pas suffisantes pour englober l'ensemble des perspectives desquelles on peut utilement comprendre et contextualiser les méthodes du droit international privé. Pour les besoins de ce cours, la dimension épistémologique sera comprise comme faisant partie de l'esthétique. Il n'est pas sans précédent d'associer l'esthétique à l'épistémologie dans d'autres domaines : voir par exemple, J. J. Wunenburger, *Le sacré*, Que sais-je, PUF, 5^e édition, 2001 ;

selon une objection plus radicale, on peut douter de la distinction même de l'éthique et du politique, qui relèveraient pareillement de l'idéologie dans leur application au domaine juridique⁸⁶. Cependant, si cette dernière observation est certainement juste⁸⁷, elle n'empêche pas pour autant de distinguer deux registres différents⁸⁸ sur lesquels des convictions et des valeurs interfèrent dans la conception et la mise en œuvre des méthodes par lesquelles le droit réagit à l'altérité⁸⁹. C'est au demeurant pourquoi, en soi, et quelles que soient les imperfections des trois catégories utilisées à cet effet, le fait de mobiliser ainsi les ressources de l'interdisciplinarité au service de la critique est assurément une « méthode dangereuse » en tant qu'elle vise à dévoiler des aspects inconscients du raisonnement juridique et mieux approcher ainsi le cœur du droit international privé⁹⁰.

et du même auteur, *Esthétique et épistémologie de la foule: une auto-poïétique complexe*, Presses universitaires de Rennes, Open Edition, 2005. Il est certain en tout cas que l'analyse épistémologique des méthodes pourrait donner lieu à d'autres développements, notamment sous l'angle du droit comparé (sous cet angle, quelques développements peuvent être trouvés dans D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 23). Par ailleurs, divers détours qui seront effectués par d'autres disciplines, telles l'anthropologie ou la psychanalyse, justifieraient certainement des analyses plus amples et autonomes. Il est à espérer cependant que de telles imperfections n'effacent pas la valeur au moins pédagogique des catégories d'analyse finalement retenues. Pour une approche épistémologique du droit international privé appliquée à la régulation des marchés financiers internationaux, C. Avasilencei, *De la sécurité des rapports financiers dénationalisés*, thèse Paris I, 2017.

86. M. Xifaras, «The Global Turn», précité.

87. Sachant que la notion d'idéologie appliquée au droit est elle-même complexe : C. Synowich, «Law and Ideology», dans E. Zalta (dir. publ.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2014 Edition, <https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/law-ideology>.

88. Celui des devoirs et celui des intérêts ; ou celui de l'idéal et celui du monde réel : voir D. Weinstock «Éthique et politique : Introduction», *Les ateliers de l'éthique*, 73 2012, 5-6.

89. Voir aussi *infra*, n° 24.

90. C'est ainsi que Jung caractérisait la psychanalyse : voir J. Kerr, *A Most Dangerous Method*, Vintage Books, 1994, <http://www.psychanalyseactuelle.com/textes/a-dangerous-method>. Il importe de souligner que Jung, comme Freud, concevait la psychanalyse comme une théorie culturelle. Parmi les enseignements de Jung, et outre la curiosité (commune avec Descartes) pour des savoirs non conformistes (voir la note suivante), son idée était que des problèmes psychiques très complexes pouvaient trouver une solution par l'adoption d'une perspective plus panoramique ou alors différente. Nous espérons avoir montré l'utilité d'une telle approche, même dans le domaine juridique. S'agissant de l'emploi de la perspective pour éclairer un concept politico-juridique en droit international (public), on peut se référer avec profit à l'ouvrage de J. Bartelson, *Sovereignty as Symbolic Form. Critical Issues in Global Politics*, Routledge, 2014. Le projet mené par l'auteur (en théorie politique) est de relier les débats contemporains relatifs au concept de souveraineté étatique à une question plus large d'ontologie sociale : dans quel genre de monde habitons-nous et de quelles entités est-il composé ? A cet égard, la réponse à la modernité a été de considérer le « système international » comme étant constitué d'Etats-nations autonomes et égaux. Ces derniers attributs caractérisaient la souveraineté, perçue soit selon une approche essentialiste

22. S'agissant tout d'abord de l'esthétique⁹¹, Pierre Schlag propose, sur le terrain du droit substantiel, une grille de lecture

comme une norme (Kelsen) ou un fait politique brut (V. Avasilei, *op. cit.*), soit, plus récemment d'après le tournant constructiviste, comme un concept sémantique contingent et susceptible d'instrumentalisation idéologiquement. Sans nécessairement disqualifier ces vues au fond, l'auteur propose de voir dans la souveraineté une « forme symbolique » (comme un objet géométrique), en observant à cet égard la façon dont la souveraineté a traversé les différents stades de symbolisation théorisés par Ernst Cassirer. A cet égard, la souveraineté serait une perspective organisatrice de la réalité – et non une *représentation* – de celle-ci (ce qui permet de tenir pour non pertinente l'observation selon laquelle elle serait dépassée au plan descriptif) – qui a permis de donner une structure et un sens au monde juridique. En agençant l'ordre international moderne, elle a notamment servi à exclure certaines formes de vie politique (emblématiquement, celles de peuples non européens). En même temps, cependant, elle a fait l'objet d'une fétichisation dans ce contexte (au sens où elle s'est vue attribuer des pouvoirs inhérents tout en faisant l'objet simultanément de tentatives de contrôle définitionnel) qui rend aujourd'hui très difficile d'en saisir la nature ou d'en comprendre les fonctions, dans un monde secoué par la globalisation, où l'Etat est concurrencé par des acteurs non étatiques (entités supra-gouvernementales ou privées). L'utilité de concevoir la souveraineté en tant que forme symbolique est de contourner ou neutraliser cette difficulté en la restituant dans un contexte global, c'est-à-dire, en dehors du « système international » au service duquel cette fétichisation a eu lieu. Cette démarche permet tout d'abord de souligner à quel point les débats contemporains qui peinent à prendre au sérieux les transformations ontologiques induits par la globalisation actuelle négligent les pré-conditions historiques de l'Etat moderne, qui n'a émergé lui-même qu'à la faveur de l'appréhension d'un espace sociopolitique global. La période pré-moderne avait été caractérisée en effet par diverses conceptions de l'autorité politique qui n'avaient aucune limite spatiale. Ensuite, surtout, elle permet de suivre ces débats sur le terrain des dimensions idéologiques de la globalisation, pour explorer l'idée que le remplacement de la souveraineté étatique par la gouvernementalité impliquerait nécessairement d'emprunter dans la voie post-étatique de la biopolitique. Sur ce point, l'auteur suggère de façon très convaincante qu'en réalité, c'est l'Etat souverain lui-même (plutôt que sa population), qui, loin de disparaître, devient l'objet de gouvernement. Autrement dit, on assiste à une gouvernementalisation de la souveraineté (ou une forme de « néo-étatisme »), fréquemment occultée par l'attention prêtée (à juste titre par ailleurs) à l'évolution néolibérale de l'économie globale. La souveraineté devient alors une sorte de concession conditionnée par le respect de certains critères de « bonne gouvernance » paramétrés par le système international globalisé (au moyen d'instruments de mesures tels le *benchmarking*) et agissant lui-même par le canal des « milliers de petits empereurs » non étatiques (dont les institutions financières, les agences de notation, les ONG, etc.). Pour Bartelson, tandis que les instances de vie politique non conformes à la forme symbolique et homogénéisante de la souveraineté deviennent (comme ils l'ont toujours été, quelle que soit la consistance concrète de cette forme) les *Autres* de l'ordre international, et puisque les appels à l'état de droit semblent accroître les processus de gouvernementalisation plutôt qu'ils ne le freinent, le *nomos* de la terre se voit subtilement re-écrit, de façon à faire de celui-ci un empire à titre autonome, fondé sur une revendication d'autorité illimitée et soutenu par des valeurs morales à vocation universelle. La question est alors de savoir quelles sont les voies de résistance possibles (comp. se posant cette même question, l'ouvrage de P. G. Monateri, *La geopolitica del diritto*, précité) et s'il n'y a vraiment d'autre choix que de « prendre le maquis » comme le suggère Bartelson.

91. S'agissant des rapports (rarement explorés) entre droit et esthétique plus généralement, voir le numéro consacré à *Droit et esthétique* des *Archives de philosophie du droit*, tome 40, 1996.

tripartite⁹². Les diverses formes esthétiques qu'assumerait le raisonnement juridique seraient celles du «grillage» (pour les modes de raisonnement déductivistes), de «l'énergie» (pour la proportionnalité et l'interprétation évolutive), et du «perspectivisme» (qui admet l'égalité de récits multiples, menés de points de vue divers et notamment minoritaires). Selon cet auteur, ces esthétiques sont importantes parce qu'elles contribuent à constituer le droit de différentes façons, souvent à un niveau préconscient. «Agir sous l'emprise d'une certaine esthétique c'est non seulement penser mais aussi percevoir le droit et agir d'une d'une certaine façon»⁹³. Précurseur dans cette même veine, Duncan Kennedy avait démontré voici plusieurs décennies déjà, le lien qui relie la forme juridique et la substance dans le choix entre la méthode des règles, corrélées à l'individualisme, et celles, anti-formalistes,

92. «The Aesthetics of American Law», 115 *Harvard Law Review* 1047, 2002. Cette division tripartite a été contestée, cependant (par M. Xifaras, «The Global Turn in Legal Theory», 2016, précité) pour deux raisons. D'abord, selon M. Xifaras, les trois «cases» retenues seraient en réalité deux «tandems» organisés selon une structure commune. La catégorie de «l'énergie» émergerait en effet de la critique interne de la case «grillagée», tandis que le perspectivisme donnerait lieu, au moyen de la même dynamique, à l'éthique «dissociative» (elle-même présentée par P. Schlag comme une sous-catégorie dégradée du perspectivisme). Cette présentation alternative permet en effet de mettre en relief la dialectique qui relie les deux séries de pôles (grillage-énergie; perspectivisme-dissociation); par ailleurs, il est vrai que le perspectivisme contient les germes spécifiques de son propre affaiblissement dans une esthétique «dissociative». Cependant, nous conservons le prisme tripartite dans ce qui suit. En effet, il nous paraît particulièrement apte à saisir les trois méthodes que nous avons identifiées dans le droit international privé (indépendamment de la dynamique qui les relie). Celles-ci sont, comme on le verra plus loin, le *lexforisme* (souvent unilatéraliste), le bilatéralisme et la méthode récognitive. Le bilatéralisme et l'unilatéralisme forment, il est vrai, une «paire» opposée (chacun émergeant de la critique interne de l'autre). Cependant, la méthode récognitive, qui est certes une variante de l'unilatéralisme, radicalement différente des manifestations défensives/agressives de celui-ci, s'oppose aussi radicalement au bilatéralisme dans toutes ses expressions plus ou moins contemporaines. Elle appelle donc une place à part. On ajoutera aussi, par référence à la critique évoquée de la classification tripartite de P. Schlag, que le perspectivisme s'oppose, en tant que catégorie esthétique, à la fois au grillage et à l'énergie, de la même façon que la méthode récognitive en droit international privé s'oppose à la fois aux deux autres.

93. *Op. cit.*, p. 1102 :

«The aesthetics shape the ways in which we think law, do law, and imagine law's future directions. They shape its very identity. This is true both of the most ethereal legal theory and the most down-to-earth legal argument. And in shaping the apprehension, experience, and creation of law, the aesthetics leave behind as legal artifacts their marks – rules, principles, doctrines. The aesthetics fashion law as a presence, as an identity upon which we can reflect ... What I am after is the description of those recurrent forms that shape the creation, apprehension, and identity of law» (p. 1051).

des standards, exprimant plutôt une invitation à l'interprétation «altruiste»⁹⁴.

23. Ensuite, mobiliser les ressources de l'analyse *politique* pour éclairer le cœur du droit international privé revient à violer le tabou premier de l'innocence de la discipline sur ce terrain. Cependant, la façon dont le droit réagit à l'extranéité des personnes ou des institutions, et à des pratiques différentes des siennes propres, est éminemment politique. A ce dernier égard, dans son essai *Qu'est-ce que la politique?*⁹⁵, Hannah Arendt rappelle qu'à la différence de la philosophie ou de la théologie, la politique concerne les hommes (les personnes) dans leur multiplicité et la pluralité et porte sur les conditions, contestées, de communauté et de réciprocité entre êtres différents. Cette définition souligne que la politique reproduit, dans l'espace de l'interaction collective, des «tensions insolubles» entre l'individu et le tout; égalité et différence; pouvoir et domination; intérêt et volonté; amitié et inimitié; vérité et opinion⁹⁶. Le droit international privé fait exactement de même: l'enjeu des débats méthodologiques est l'emplacement du curseur entre ces tensions, en fonction d'une certaine idée du bien commun et de l'organisation collective la plus à même de la réaliser. Par exemple, une attitude de fermeture politique, comme l'ethnopatriotisme, va faire appel à l'idée que l'arrivée d'étrangers viendrait déstabiliser la paix sociale, prendrait des emplois autrement dévolus aux nationaux, etc. Nous vivons en effet, selon l'expression de P. Rosanvallon, dans des «sociétés de défiance»⁹⁷ où les arguments sécuritaires (et donc politiques) qui justifient le recours massif à des

94. «Form and Substance in Private Law Adjudication», 89 *Harvard L. Rev.* 1685, 1976. La paire forme/substance a son origine chez O. W. Holmes, qui dénonçait le paradoxe selon lequel l'évolution du droit (la *common law*) répondait à des notions historico-politiques contemporaines, tout en étant formellement encadrée par l'adhésion judiciaire au précédent (qui cachait ces dernières): voir G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes. Law and the Inner Self*, Oxford University Press, 1993, p. 150.

95. Essai publié en français aux éditions Poche, 2001.

96. J.-M. Donegani et M. Sadoun, *Qu'est-ce que la politique?*, Folio essais (n° 489), Gallimard, 1^{re} édition, 2007.

97. Comme le fait remarquer Pierre Rosanvallon, nous vivons aujourd'hui dans des «sociétés de défiance». Dans *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Le Seuil, Paris, 2006, l'auteur n'envisage pas cependant une défiance à l'égard de l'extranéité. Si son propos est de démontrer que c'est bien dans la «société de défiance», que se niche la tentation populiste, c'est à travers l'idée de la «contre-démocratie». Cette dernière résulte, selon l'auteur, d'un ensemble de pratiques de surveillance, d'empêchement et de jugement au travers desquelles la société exerce des pouvoirs de correction et de pression: à trop valoriser les propriétés de contrôle et de résistance de l'espace public, elle peut aussi faire le jeu du populisme et de l'«impolitique», entravant la formulation positive d'un monde commun.

mesures de surveillance et de contrôle, se dédoublent d'un rejet viscéral de formes de vie hétérogènes.

24. En troisième lieu, une éthique peut être comprise comme l'expression extérieure d'une vertu individuelle faite de respect à l'égard de l'altérité⁹⁸. Elle sera également considérée dans ce qui suit, à travers des raisonnements pour l'essentiel judiciaires, en tant qu'elle est attitude sociétale. A ce dernier égard, la proximité entre l'éthique et la politique a déjà été relevée⁹⁹. Mais les liens entre éthique et esthétique méritent à leur tour d'être soulignés (sans pour autant disqualifier l'usage de la catégorie dans ce contexte). L'ethos, écrit la philosophe Marielle Macé, est «une catégorie esthétique... mobilisée pour qualifier la vie extérieure et la formalité des pratiques»¹⁰⁰. Signifiant «la manière d'être que laisse supposer la manière de dire», elle est «liée à la construction de l'identité dans ce qu'elle a de nécessairement public, intersubjectif, exposé». A cet égard, la question de philosophie morale et politique qui est omniprésente au cœur de nos sociétés à la fois interconnectées et diversifiées, est double. Formulée par Judith Butler¹⁰¹, celle de

98. Chez Aristote, l'éthique trouvait son plein épanouissement en s'exerçant en vertu au sein de la cité, et avait donc comme complément naturel la politique. Plusieurs distinctions s'ensuivent. Ainsi, P. Ricœur distingue la morale de l'éthique en donnant de celle-ci une définition qui est d'un grand intérêt au regard des thèses développées dans ce cours. L'éthique se signifierait ainsi par son caractère dialogique: «On entre véritablement en éthique quand, à l'affirmation par soi de la liberté, s'ajoute la volonté que la liberté de l'autre soit. Je veux que ta liberté soit. Si le premier acte était un acte d'arrachement, le second est un acte de déliement. Il veut rompre les liens qui enserrent l'autre. Entre ces deux actes, il n'y a aucune préséance, mais une absolue réciprocité (*Fondements de l'éthique*, p. 1). Par ailleurs, la dimension externe ou politique de l'éthique explique aussi qu'elle entretienne des liens étroits avec l'esthétique, «L'éthique c'est l'esthétique du dedans». Selon M. Macé (*Styles. Critique de nos formes de vie*, Essais Gallimard, 2016) l'ethos est un manifester et un avoir: la manière d'être (la façon de se comporter...); le vêtement, le costume, l'apparence; et encore l'habitat, le séjour...». Mais est-elle distincte pour autant de la politique? A côté de l'éthique des vertus (Aristote), les autres grandes familles de théories éthiques sont le déontologisme et le conséquentialisme (voir sur l'ensemble, R. Ogien, *L'Éthique aujourd'hui: maximalistes et minimalistes*, Paris, Gallimard, Collection «Folio essais», 2007).

99. De façon certes sommaire, en tant qu'elles relèvent toutes deux de l'idéologie. Par ailleurs, le texte s'est limité à l'évocation d'Aristote, mais le lien entre éthique et politique se retrouve chez d'autres (par exemple, chez Dworkin, quoiqu'autrement). A l'inverse, nombreuses sont les théories qui les séparent (de Machiavel aux réalistes et néo-réalistes).

100. *Op. cit.*

101. L'œuvre sans doute la plus connue de cette philosophe américaine, qui a joué un rôle essentiel dans l'émergence de la théorie du genre, est *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, 1990. Empruntant à la *French Theory* et à la méthode de la déconstruction, elle a analysé l'ambivalence du sujet, à la fois soumis au pouvoir et produit par cette soumission elle-même. Sa pensée sera utilisée dans ce qui suit en tant qu'elle porte sur la vulnérabilité et des figures de la dépossession comme le prisonnier ou le réfugié (voir *infra*, n° 116 ss).

l'éthique de la distance et de la proximité est de savoir tout d'abord « si nous avons la capacité de réagir de façon éthique à une souffrance subie à distance et de comprendre ce qui rend possible la rencontre éthique lorsqu'elle se produit »¹⁰². Ensuite, il faut se demander

« ce qu'il advient de l'éthique lorsque nous devons faire face à une autre personne ou à un autre groupe, lorsque nous nous retrouvons associés à des personnes que nous n'avons jamais choisies et qu'il nous faut répondre à des sollicitations dans des langues¹⁰³ que nous ne comprenons pas ou que nous ne souhaitons même pas comprendre »¹⁰⁴.

Or, cette double interrogation éthique est nécessairement aussi au cœur méthodologique du droit international privé, qu'il s'agit maintenant d'explorer.

Paragraphe 4. Historiographie conventionnelle et binarité des méthodes

25. A cet égard, du moins en Europe, l'émergence de cette discipline dans son incarnation contemporaine est généralement située au moment

102. Judith Butler, *Rassemblement. Pluralité, performativité et politique*, Fayard, Collection à venir, 2016, p. 125; comp. également sur les liens entre éthique et reconnaissance, que nous retrouverons plus loin, E. Ferrarese, «The Vulnerable and the Political. On the Seeming Impossibility of Thinking Vulnerability and the Political Together and its Consequences», dans *Critical Horizons*, volume 17 (1), 2016, p. 224-239.

103. Sur l'aspect métaphorique de la langue, voir *infra*, n° 401. Jacques Derrida (*De l'Hospitalité*, Calmann-Lévy, 1997, p. 21) définit ainsi l'étranger en termes de langue :

« l'étranger est d'abord étranger à la langue du droit dans laquelle est formulé le devoir d'hospitalité, le droit d'asile, ses limites, ses normes, sa police, etc. Il doit demander l'hospitalité dans une langue qui par définition n'est pas la sienne, celle que lui impose le maître de maison, l'hôte, le roi, le seigneur, le pouvoir, la nation, l'Etat, le père, etc. Celui-ci lui impose la traduction dans sa propre langue, et c'est la première violence ».

104. Butler, *op. et loc. cit.* La question éthique surgit aussi dans des situations (plus familières pour le droit international privé) que la philosophe appelle d'*up againstness* ou « d'être-contre », « quand une population doit vivre dans des conditions de voisinage non souhaitées, dues à une émigration forcée ou à la modification des frontières d'un Etat-nation » (p. 126). Comme nous le verrons plus tard, des travaux comme ceux de B. Anderson, ou E. Balibar, montrent que l'identité nationale, ou plus simplement la nation, sont la construction d'un imaginaire commun par lequel des étrangers (au sens de gens qui ne se connaissent pas) en viennent à se percevoir comme constituant une unité. Par conséquent, l'identité est (paradoxalement) constituée de différences. Cette dernière n'est cependant pas externe (l'extranéité dont s'occupe le droit international privé), mais toujours déjà interne.

où, à la fin de la Seconde Guerre mondiale¹⁰⁵, l'origine étrangère des parties au litige n'était plus une cause d'incompétence des tribunaux¹⁰⁶, ni l'extranéité du jugement une cause de privation de l'autorité de chose jugée¹⁰⁷, ni la vocation d'une loi étrangère une raison de craindre l'emprise d'un souverain hostile¹⁰⁸. Parée d'un récit de progression vers des lumières libérales et cosmopolites, elle se dote, quelque peu paradoxalement ou à tout le moins avec une certaine amnésie, d'une orthodoxie enracinée dans son pedigree savignien¹⁰⁹. En même temps, la schize qui l'a distancée progressivement du droit international public¹¹⁰ lui imprime une apparence « purement technique »¹¹¹, sa vertu essentielle résidant alors dans sa neutralité. Celle-ci signifie d'une part que le droit international privé serait essentiellement procédural en tant que sa fonction serait de répartir (qu'il s'agisse des lois, des compétences, ou des questions de droit) et non de se prononcer sur le fond des contentieux ni d'influer en quoi que ce soit sur la teneur des institutions juridiques en cause, et d'autre part que, ce faisant, elle tendrait sans partialité à assurer un équilibre entre les divers intérêts (étatiques ou individuels) en jeu dans les rencontres (d'abord perçues comme hostiles, désormais pacifiques), entre les droits nationaux de plus en plus divers¹¹².

26. Si ces conceptions ont cédé la place dans le droit des pays d'Europe au cours du XX^e siècle à un phénomène de « matérialisation »

105. Bien entendu, en arrière-plan, dans les disciplines juridiques voisines, s'inscrivent d'une part, le procès de Nuremberg (1945) et l'idée de la responsabilité pénale individuelle au plan international, d'autre part, la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme (1950) et la fondation de la Cour de Strasbourg.

106. Pour la France, voir Cass. civ., 21 juin 1948, *Patino, JCP*, 1968.II.4422, note Lerebours-Pigeonnière, *S.*, 1949.I.121, note Niboyet, *Rev. crit. DIP*, 1949.557, note Francescakis.

107. Pour la France, voir Cass. civ., 22 janvier 1951, *Weiller, Rev. crit. DIP*, 1951.167, note Francescakis; puis, supprimant le pouvoir de révision au fond, Paris 21 octobre 1955, *Char, Rev. crit. DIP*, 1955.769, note Batiffol, *D.*, 1956.164, note Francescakis, *JCP*, 1956.II.9047, note Motulsky; puis Cass. civ. 7 janvier 1964, *Munzer, Rev. crit. DIP*, 1964.344, note Batiffol, *JDI*, 1964.302, note Goldman, *JCP*, 1963.II.13590, note M. Ancel.

108. Voir notamment, théorisant la rupture avec l'idée du conflit de souverainetés, Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1958.

109. Voir P. Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 343.

110. Voir *supra*, n° 14 ss.

111. La question de l'apparence « purement technique » des institutions est récurrente en droit privé : voir Duncan Kennedy, « The Political Stakes in « Merely Technical » Issues of Contract Law », *European Review of Private Law* 1, p. 7, 2001.

112. Sur ces diverses conceptions et leur évolution, voir *infra*, n° 28 ss.

des règles de compétence et de conflit de lois¹¹³, le modèle méthodologique survit tout de même, peu ou prou. Sur le terrain du conflit de lois, il est celui qu'on appelle le « bilatéralisme » (ou même « la méthode du conflit de lois »); dominant dans les codifications de la matière à travers le monde¹¹⁴, il a migré aujourd'hui sous ce même avatar vers le droit de l'Union européenne, où il est investi désormais de fonctions économiques et sociales « intégratives » c'est-à-dire, spécifiques soit au marché intérieur soit, plus récemment, à la citoyenneté européenne¹¹⁵. L'histoire américaine de la discipline est en revanche quelque peu différente, car marquée au contraire par l'avènement du réalisme et la dénonciation des fictions associées au droit libéral¹¹⁶. Cependant, on assiste aujourd'hui à une forme de déplacement : l'ancien paradigme de neutralité répartitrice, rejetée par les réalistes, réapparaît à l'occasion de la délimitation dans l'espace du droit public fédéral¹¹⁷. C'est en tout cas cette même représentation apolitique du cœur méthodologique de la discipline qui semble avoir freiné à son égard l'immense flux de théories critiques du droit qui déferle sur (ou se développent dans) ses autres branches, y compris sur son *alter ego*, le droit international public¹¹⁸.

27. L'historiographie conventionnelle des méthodes du droit international privé en propose une typologie binaire¹¹⁹. Elle retrace le

113. D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, n° 540 ss.

114. S. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, Oxford University Press, 2014.

115. L. Azoulai, *La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale*, IUE, 2010; C. Camus, *La distinction du droit public et du droit privé et le conflit de lois*, Bibliothèque de droit privé, tome 565, préface H. Muir Watt, LGDJ, 2015; H. Muir Watt, «Aspects économiques du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 307 (2005).

116. Sur la critique réaliste du droit en général, voir dans la littérature francophone, V° «Réalisme américain», dans A. J. Arnaud (dir. publ.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris LGDJ, 1988; sur ses conséquences en droit international privé, voir S. Symeonides, «The Choice-of-Law Revolution Fifty Years after Currie: An End and a Beginning», *University of Illinois Law Review*, volume 2015, n° 2, 2015 (accessible sur SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2568175>).

117. C'est-à-dire de la régulation économique au niveau fédéral : voir *infra*, n° 102 ss.

118. Ces courants critiques, issus pour la plupart (tout en s'en séparant) des *Critical Legal Studies*, incluent les TWAIL, les théories féministes, queer, «outsider jurisprudence», postcoloniales, subalternes, etc. : voir N. Purvis, «Critical Legal Studies in Public International Law», 32 *Harvard Int'l. L. J.* 81, 1991. S'ils n'ont pas atteint le droit international privé, c'est sans doute aussi en raison du déclin de cette matière en tant que discipline académique aux Etats-Unis.

119. Ces éléments sont empruntés à D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, PUF, collection Thémis, 4^e édition, 2017, paragraphes 16 ss, paragraphe 23, paragraphes 329 ss. Sur l'évolution historique des doctrines : G. Barile, «La fonction historique du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 116 (1965), p. 301; D. Evrigenis, «Tendances doctrinales en droit international privé», *Recueil des cours*,

chassé-croisé constant de deux approches entrelacées, chacune le miroir inversé de l'autre. C'est ainsi qu'au regard de ce récit, dans l'histoire de la discipline, sous des variantes multiples, deux grandes approches opposées se succèdent, se croisent et s'influencent mutuellement. La première invite à partir de la loi elle-même pour définir, en fonction de ses propres finalités ou visées politiques, son champ dans l'espace, tandis que la seconde prend pour point de départ la situation ou la question litigieuse pour découvrir ensuite, compte tenu des liens qu'elle comporte avec différents ressorts législatifs et eu égard à l'ensemble des intérêts en jeu, la loi qui semble pouvoir la régir de la façon la plus appropriée. Ces deux approches se prévalent chacune, selon les lieux et les époques, de principes ou de valeurs induits de théories ou d'idéologies elles-mêmes relatives plus généralement à la nature du droit¹²⁰. Universalisme ou particularisme, territorialisme ou

tome 118 (1966), p. 105; M. Gutzwiller, «Le développement historique du droit international privé», *Recueil des cours*, tome 29 (1929), p. 1; J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Puf, 1999; P. Lalive, «Tendances et méthodes en droit international privé», *Recueil des cours*, tome 155 (1977), p. 1; H. Meijers, «L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale», *Recueil des cours*, tome 49 (1934), p. 543.

120. De manière générale, le droit international privé a toujours été tributaire de la vision – elle-même largement évolutive dans le temps et variable selon la culture juridique dans laquelle elle prend place – que l'on a pu avoir des relations qu'entretiennent les divers systèmes nationaux entre eux et le cas échéant avec un ordre juridique transcendant. Dans l'histoire du droit international privé, qui préexiste largement à la conceptualisation de la souveraineté étatique et à l'ordre juridique international (cf. J.-L. Halpérin, «L'apparition et la portée de la notion d'ordre juridique dans la doctrine internationaliste du XIX^e siècle», *Droits*, 2001-33, p. 41 ss; aj. D. Alland, «De l'ordre juridique international», *Droits*, 2002-35, p. 79 ss), ce rôle a pu être assumé par le droit romain, la *common law*, ou encore le droit naturel (sur le rôle de la *common law* dans l'élaboration de la première conceptualisation du droit international privé chez Story, voir Ralph Michaels, «Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization», dans Michael Stolleis et Wolfgang Streeck (dir. publ.), *Dezentralisierung. Aktuelle Fragen politischer und rechtlicher Steuerungim Kontext der Globalisierung*, 2007, p. 119. Sur la place du droit naturel, voir Ph. Francescakis, «Droit naturel et droit international privé», précité). Aujourd'hui, l'empreinte importante des droits fondamentaux sur cette discipline témoigne à son tour d'un phénomène similaire. Cette vision est largement nourrie par une certaine conception de la nature du droit, relevant de la théorie générale et de l'épistémologie juridique. Ainsi, l'état de la discipline au XX^e siècle en Europe est marqué par une conception du droit en tant que composé de normes (dimension épistémologique) hiérarchiquement organisées (dimension théorique), qui explique la place centrale occupée par les conflits de lois et, à travers les rapports qu'elle impose entre le droit et le fait, la théorie de la qualification. D'autres formes de connaissance du droit sont cependant susceptibles d'entraîner des conséquences méthodologiques différentes (voir ainsi, notant le rattachement des «phénomènes juridiques des conflits de lois au fonctionnement de la pensée juridique en général», au sujet de l'ouvrage de W. W. Cook, fortement imprégné de la pensée réaliste américaine et du rejet de la logique formelle: Ph. Francescakis, *La pensée*

personnalisme, réalisme ou dogmatisme, intérêts étatiques ou intérêts privés, servent tour à tour la cause de l'une ou de l'autre, dans un caractéristique mouvement pendulaire¹²¹, s'agençant selon différentes conceptions du conflit de lois¹²². Ce récit est si influent, et si important dans l'analyse qui va suivre, qu'il convient à présent d'en rappeler les termes.

des autres, précité, p. 17. Et, plus récemment, plaidant pour une épistémologie des conflits de lois, voir Gene R. Schreve, «Law and Justice in a Multistate World», Nafziger et Symeonides (dir. publ.), dans *Essays in Honour of Arthur T. von Mehren*, transnat. Publishers, 2002, p. 388). Les secousses que connaît aujourd'hui la théorie du droit en raison de l'apparition de phénomènes normatifs non étatiques se ressentent inévitablement en droit international privé (D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*).

121. Nourries par des données changeantes, qu'elles soient idéologiques (telles la doctrine universaliste de l'Église catholique ou l'idéologie protestante indépendantiste), philosophiques (tels le néo-jusnaturalisme des droits de l'homme ou le positivisme particulariste), culturelles (tels le légicentrisme de la tradition romano-germanique ou l'attachement des systèmes de *common law* au *judge-made law*), politiques (telles l'indépendance des États et la décolonisation), sociologiques (telles les vagues d'immigration), matérielles (tels l'accroissement de la mobilité et des échanges, ou le développement des nouvelles technologies de communication) ou structurelles (telles les diverses voies de coopération régionale et supranationale, qui peuvent aller jusqu'aux contraintes du fédéralisme), ces différentes conceptions entretiennent entre elles un rapport dialectique. Territorialisme ou personnalisme, cloisonnement institutionnel ou communauté de droit, intérêts étatiques ou intérêts privés, unilatéralisme ou multilatéralisme, neutralité ou politisation, répartition ou régulation, primauté du conflit de lois ou prévalence de la dimension juridictionnelle des conflits : les oppositions se succèdent et se croisent dans un effort constant de meilleure gestion de la diversité des droits, que ce soit au bénéfice de l'épanouissement des rapports privés ou de la coexistence pacifique des souverainetés, dans un monde économiquement et socialement interconnecté (D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*). Sur les différents paradigmes du conflit, voir aussi H. Muir Watt, chapitre 42 : «Theorizing Private International Law», précité.

122. L'histoire de la discipline est ainsi marquée par l'emprise successive de différentes doctrines relatives aux rapports qu'entretient le droit avec le pouvoir de contrainte territoriale du souverain, à sa vocation à l'universalité, ou encore à la séparation étanche qu'il opère entre les domaines public et privé (sur la signification conceptuelle de la distinction entre droit public et droit privé dans les diverses théories du conflit de lois, voir Ph. Francescakis, compte rendu de l'œuvre de R. Monaco, repr. dans *La pensée des autres*, précité, p. 87 ; sur l'histoire de la séparation, voir A. Mills, «The Private History of International Law», 55 *Int. Comp. L. Qu.* 1, 2006). De telles idées, qui conduisent à envisager les relations mutuelles des lois nationales en termes de cloisonnement étanche, mais aussi de symbiose, de coopération, de concurrence ou d'affrontement, influent à leur tour sur la méthodologie mise en œuvre en vue d'en assurer la coexistence. Tantôt sont privilégiés les intérêts des États, tantôt ceux des individus, élargissant ou restreignant par là même le domaine du droit international privé, et ouvrant ou fermant selon les cas la passerelle qui relie les conflits de lois de droit privé au droit de la répartition des compétences étatiques dans l'ordre international public. Les intérêts de la communauté d'États en tant que telle, ou ceux de l'humanité, évoqués parfois comme arguments d'appoint au soutien d'autres méthodologies, ont plus rarement été l'objet d'une réflexion propre au sein du droit international privé (en droit international public, voir E. Jouannet, «L'idée de communauté humaine», *APD*, tome 47, p. 191). Voir D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*

28. Ainsi, l'origine de ce qu'on appelle la méthode conflictuelle classique, telle qu'elle se dessine encore aujourd'hui, ou telle qu'elle est représentée, dans la tradition de l'Europe continentale¹²³, réside dans l'œuvre de Savigny, notamment dans le tome VIII de son *Traité de droit romain* paru en 1849, dont l'importance au moins rétrospective dans la fondation moderne de la discipline fut telle que l'on évoqua à son propos une véritable «révolution copernicienne»¹²⁴. Celle-ci a détrôné la «théorie des statuts» qui, se déclinant sur une période historique longue et traversant l'invention de la souveraineté étatique, tendait à déterminer la portée de chaque loi (coutume ou statut, volonté du souverain ou pratique sociale) selon que celle-ci se dotait d'une vocation principalement territoriale ou personnelle. Du continent européen, l'une des versions de cette doctrine allait migrer vers la tradition de *common law*: en effet, celle-ci a fait bon accueil à l'idée, développée au sein de l'école hollandaise, selon laquelle la réception de la loi étrangère ne peut être qu'exceptionnelle, admise par l'effet d'une bienveillance (*comitas*) à l'égard du législateur étranger et prenant la seule forme de la reconnaissance d'un droit individuel («*vested right*») acquis sous son empire¹²⁵. Savigny pensait au contraire que l'application des lois étrangères s'imposait naturellement au sein d'une «communauté de droits», celle constituée en l'occurrence par les cités allemandes ayant en partage une tradition religieuse et juridique romano-germanique.

29. Il dégagait à cette fin une méthode spécifique fondée sur la recherche du siège – la «localisation», dit-on aujourd'hui – des rapports de droit: il faut «assigner à chaque classe de rapports de droit un siège déterminé ... Rechercher pour chaque rapport de droit le domaine du droit auquel ce rapport appartient de sa nature (où ce rapport de droit à son siège)»¹²⁶. Pareille démarche était présentée par

123. Sur cette histoire, l'ouvrage de référence est désormais B. Ancel, *Elements d'histoire du droit international privé*, éditions Panthéon-Assas, 2017.

124. Sur Savigny et le «savignisme», voir A. Bucher, «Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes», *Trav. Com. fr. DIP*, 1993-1995, p. 209; «La dimension sociale du droit international privé», Livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2011, p. 57; P. Gothot, «Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois», dans *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 343; G. Kegel, «Story and Savigny», 37, *Am. Journ. Comp. Law*, 39 (1989).

125. Le succès de ce modèle n'a pas empêché par la suite des divergences de vue sur l'utilité de la notion de *Comity*: voir H. Muir Watt, «Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis», *Rev. crit. DIP*, 1986, p. 425.

126. *Traité de droit romain*, traduction Guenoux, 1848, tome VIII, paragraphe CCCLX, p. 109. De façon plus spécifique, cette méthode (dite «conflictuelle», ou «bilatéraliste», ou «multilatéraliste») repose d'abord sur la classification (ou la «recherche de la nature») du rapport de droit afin de l'intégrer au sein d'une catégorie

Savigny comme équivalente – quoique sans aucun doute préférable – au statutisme qu'elle devait détrôner¹²⁷. L'équivalence ainsi relevée entre les deux méthodes concurrentes tenait précisément à la communauté conceptuelle qui unissait les lois en présence. Fondée sur des prémisses épistémologiques propres à la tradition romaniste, elle présupposait notamment une séparation étanche entre le droit public et le droit privé, attribuait un caractère naturel à la systématisation justinienne et assimilait la fonction du droit privé à la protection de la sphère de liberté individuelle. Ces prémisses permettait de conférer à la méthodologie du conflit de lois un double degré d'abstraction. L'intermédiation, d'une part, de la catégorie de rattachement (dans laquelle est classé le rapport de droit, ou plutôt la question de droit qu'il soulève), d'autre part, de l'ordre juridique désigné par le facteur de rattachement (dans lequel on puisera la règle de droit substantiel applicable), sont les marqueurs de la neutralité ou du caractère « aveugle » de la règle de conflit bilatérale, qu'on allait lui prêter, ou lui reprocher, par la suite.

30. Des tensions affectèrent inéluctablement la méthodologie savignienne dès la fin du XIX^e siècle, avec la découverte des « conflits de systèmes » que provoqua son emploi en dehors de toute communauté conceptuelle¹²⁸. La prise de conscience de la nécessaire divergence tant des institutions juridiques que de la portée dans l'espace qu'il convenait de reconnaître aux lois qui les instituaient, aurait pu conduire à un reflux statutiste. Mais la méthodologie conflictuelle s'est maintenue, ne conservant de la doctrine de Savigny que l'idée du lien fonctionnel entre la catégorie de rattachement et le système juridique où devait être puisée la loi applicable au litige¹²⁹. La pré-condition de la communauté

prédéterminée (exemple : la catégorie délits), pour procéder ensuite, en considération des besoins spécifiques induits de cette nature, à sa localisation selon son élément le plus caractéristique (exemple : le lieu de survenance du délit) dans le ressort d'un législateur donné.

127. Il dénommait ainsi le conflit de lois : « Les limites locales de l'empire des règles de droit sur les rapports de droit ». Au demeurant, la jurisprudence française interprétant le nouvel article 3 du Code civil formulé en termes statutistes, n'en marqua la distinction que très tardivement (B. Ancel, « Destinées de l'article 3 du Code civil », dans *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1). Il était indifférent en effet, dans un contexte de conceptions partagées, de dire, par exemple, qu'un rapport délictuel a son siège dans le ressort du lieu de survenance du délit, ou de dire que la loi de ce lieu vise à régir tous les délits qui surviennent sur son territoire.

128. Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, précité.

129. Se réclamant de la « tradition savignienne », la doctrine bilatéraliste continentale, largement forgée au tournant du siècle par Bartin (où le modèle est devenu « barto-savignien » : B. Ancel *op. cit.*, n° 3), se caractérise plutôt par son infidélité à la pensée de Savigny, obligeant à réfléchir à la présentation de l'histoire des doctrines (P. Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », précité).

de droit était oubliée et la considération des conflits réels évacuée¹³⁰. L'idée s'est progressivement imposée au cours du XIX^e siècle selon laquelle la règle de conflit est une simple «recette», de valeur toute relative, incorporant sous le contrôle du juge les ingrédients nécessaires au règlement satisfaisant des intérêts privés en jeu¹³¹. Cette admission généralisée de la portée relative des rattachements, élaborés pour le compte de chaque Etat au service de valeurs de droit privé (commodité, bonne administration de la justice, prévisibilité, proximité...) rendait cependant malaisé de postuler encore la fongibilité des différentes lois nationales. Autrement dit, en dehors de la communauté de droit¹³², il était difficile de refouler les «vrais» conflits¹³³. Il en était d'autant plus ainsi que le rôle de l'Etat comme la fonction du droit subissaient des mutations profondes dans un environnement mondial à la fois compétitif et hétérogène.

31. Outre-Atlantique, la méthode conflictuelle devint par la vision même du droit dont elle était le reflet, la cible naturelle de la pensée réaliste, qui lui reprochait notamment son excès de dogmatisme et de mécanicité. Neutre à l'égard de l'issue concrète du litige et innocente devant les visées politiques des législateurs, elle n'a pas survécu à la «révolution» fonctionnaliste qui a atteint le droit des conflits de lois dans les années 1960. Cette contestation, menée essentiellement au nom de la théorie dite des «intérêts gouvernementaux» de Brainerd

130. La jurisprudence française accomplit de son côté une œuvre de création remarquable à partir des termes embryonnaires de l'article 3 du Code civil, qu'elle «bilatéralisa» avant d'en déduire toute une série de rattachements dans une orientation particulariste et privatiste. Dans un grand nombre d'autres systèmes juridiques, une telle évolution s'est faite au moyen de la codification législative (sur ses grandes tendances, voir S. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World*, précité).

131. La méthode du conflit de lois est ainsi décrite par Ph. Francescakis, *op. cit.*

132. Selon D. Boden les prémisses de la méthode proposée par Savigny devaient conduire à conclure qu'

«il ne peut pas y avoir de droit international privé en dehors de ce qu'est devenu à notre époque le droit privé romain. (Tout au plus peut-on concevoir de substituer à cette substance historiquement commune une substance dont une «approche comparative» révélerait le caractère commun.) Ce droit international privé est nécessairement unique. Toutes les matières étrangères au droit privé en sont nécessairement et définitivement exclues, de même que toutes les normes (même prétendument «privées») des Etats non romanisés» («Le pluralisme juridique en droit international privé» précité, p. 297).

133. Ainsi nommés par les néo-statutaires américains (voir *infra*, à la note suivante), les «vrais» conflits se traduisent, dans le contexte de la méthodologie bilatéraliste, soit par une réaction au nom de l'ordre public, soit par l'intervention des «lois de police», dont l'impérativité exige qu'elles s'appliquent de façon immédiate, sans l'intermédiation de la règle de conflit.

Currie (1912-1965)¹³⁴, se caractérise par un raisonnement à la fois téléologique et conséquentialiste. Conçue pour les conflits de lois intra-fédéraux (survenant donc au sein d'une communauté juridique), elle est fondée sur la recherche du champ spatial des normes à départager (souvent des «*statutes*» dérogeant au fonds commun de la *common law*) en fonction des finalités poursuivies. La nouvelle méthode relève donc d'une démarche unilatéraliste, néostatutaire. Se voulant en harmonie avec les modes traditionnels d'interprétation judiciaire de la *common law*, cette approche implique que le conflit de lois soit tranché *de novo* pour chaque question de droit soulevée par la situation litigieuse, sans le secours des catégories de rattachement pré-établies, tandis que les normes à départager sont considérées dans leur contenu concret et au regard des politiques qui les sous-tendent, et non à travers leur appartenance à tel ou tel ordre normatif national que désignerait un facteur de rattachement également pré-défini¹³⁵.

32. Focalisée davantage sur la réalisation des intérêts politiques des Etats que sur la satisfaction des intérêts privés, cette méthode tend donc à réintégrer la considération des «vrais» conflits de lois que la méthodologie conflictuelle avait refoulés : ceux-ci correspondent à des collisions entre politiques législatives que deux Etats chercheraient activement à poursuivre dans des circonstances concrètes bien déterminées. Cela explique sans doute pourquoi elle a été adoptée pour délimiter le champ des lois fédérales dans l'espace international, où loin de la communauté de droit, elle traduit alors une politique faite à la fois d'expansionnisme et de fermeture délibérée. Ce nouveau tournant

134. Sur la théorie des statuts et les méthodologies néo-statutaires : B. Ancel et H. Muir Watt, «Du statut prohibitif (droit savant et tendances régressives)», dans *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 7 ; «Du conflit des lois différentes dans des Etats différents», dans *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2008, p. 1 ; A. Bucher, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Recueil des cours*, tome 239 (1993), p. 9 ; P. Gothot, «Le renouveau de la tendance unilatéraliste», *Rev. crit. DIP*, 1971, p. 1 ; B. Hanotiau, *Le droit international privé américain*, LGDJ, 1979 ; G. Kegel, «The Crisis of the Conflict of Laws», *Recueil des cours*, tome 112 (1964), p. 91 ss ; A. Lainé, *Droit international privé*, p. 45 ss ; S. Symeonides, «The American Choice of Law Revolution in the Courts : Today and Tomorrow», *Recueil des cours*, tome 298 (2002), p. 13.

135. Cette méthodologie exige alors 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. Il était admis par ses promoteurs que la casuistique pouvait céder progressivement à la formulation inductive de principes, dits «de préférence». Il est important de souligner que la méthodologie classique qui avait servi de cible ou de repoussoir à ce renouveau réaliste avait pris la forme, aux Etats-Unis, d'une doctrine territorialiste bien plus «mécaniciste» que ne l'était la version européenne (B. Audit, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la crise des conflits de lois)», *Recueil des cours*, tome 186 (1984), p. 219 ss).

dans l'histoire des méthodes est d'autant plus frappant qu'en Europe, où la méthode conflictuelle se maintient par ailleurs dans le nouveau contexte de la coordination des droits dans l'Union européenne, le statutisme tend également à réapparaître, en y empruntant toutefois des voies présentées comme déroatoires. Le premier avatar en est la loi de police¹³⁶. Le second, aussi remarquable que controversé, prend la forme de la reconnaissance des situations ou des rapports de famille tels qu'ils se sont constitués à l'étranger, sur le fondement du droit fondamental à la protection des relations familiales¹³⁷. Par un nouveau retournement de l'histoire, on y identifie parfois une expression toute contemporaine de l'ancienne théorie des droits acquis, qui tendait précisément à ouvrir l'ordre juridique du for à la loi étrangère dans une époque marquée par le cloisonnement territorial des souverainetés et contre laquelle la méthode savignienne s'était elle-même construite à l'aube de l'ère moderne¹³⁸.

Paragraphe 5. La typologie des méthodes proposées

33. Ainsi va, en tout cas, le récit conventionnel. Il n'a, en soi, rien d'inexact¹³⁹. Les deux méthodologies constituent certainement, au regard de leur structure, une paire: l'une émerge de la critique interne de l'autre. Par ailleurs, le débat ainsi engagé a toujours revêtu, remarquablement, une dimension internationale, de sorte que l'enchevêtrement de ces deux courants traverse aussi bien l'histoire que l'espace géographique. Mais ce qui est vrai sur le plan technique, qui fait apparaître une dualité constamment recomposée, des méthodes, ne l'est pas nécessairement au regard de l'attitude politique qu'expriment ces méthodes à l'égard de l'altérité. Car les deux procédés que sont le multilatéralisme et l'unilatéralisme ont servi tour à tour dans des contextes historiques et culturels différents, empruntant chacun des guises esthétiques diverses et répondant par là même à des attitudes éthiques opposées. Le tableau qui résulte du positionnement de chacune d'elles sur l'accueil qu'il convient de réserver à l'égard de l'extranéité est ainsi plus nuancé et complexe que celui qui résulte

136. Voir *infra*, n° 183 et 262.

137. Voir P. Lagarde, « La reconnaissance : mode d'emploi », précité et *infra*, n° 286 ss.

138. Voir D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, p. 570 ss sur les droits acquis et leurs avatars.

139. Sauf à souligner le caractère positionné et forcément subjectif de tout « grand récit » : voir précisément, s'agissant de celui-ci, P. Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit des lois », précité.

de la classification des méthodes sous l'angle des procédés qu'elles mettent en œuvre. Par exemple, le plus récent basculement mentionné (qui conduit la tradition européenne, pourtant résolument attachée à la méthode du conflit de lois, à faire place à une néo-théorie des droits acquis), qui exprime une politique d'ouverture et se positionne sous l'égide des droits de l'homme, est contesté précisément pour cette raison, même si la résistance s'exprime ostensiblement sur le terrain méthodologique¹⁴⁰. Cet avatar particulier du statutisme contraste très nettement avec l'usage qui est fait dans d'autres contextes de la méthode unilatéraliste ; par exemple, la jurisprudence américaine contemporaine utilise ce procédé dans l'espace international, au soutien d'une forme de fermeture politique à l'égard de l'extranéité.

34. En somme, rangées ensemble sous l'étiquette « unilatéralisme » en raison du refus commun d'opérer une délimitation des compétences sur le modèle de la méthode conflictuelle¹⁴¹, diverses approches se côtoient qui sont en réalité très éloignées les unes des autres en termes de leurs fondements axiologiques et de leurs objectifs politiques. Il n'y a guère de sens en réalité à rapprocher une attitude défensive ou expansionniste qui, en partant de la loi du for se désintéresse de la loi étrangère, et celle qui cherche à assurer la protection prioritaire d'une relation constituée sous l'empire de cette dernière selon ses conditions propres. De même, la méthode conflictuelle a donné lieu à des pratiques tantôt libérales, tantôt cloisonnantes. C'est pourquoi, si on prend comme paramètre la façon dont ces divers procédés réagissent à l'égard de la loi étrangère, on peut plutôt y identifier trois attitudes distinctes qui traduisent autant de positionnements à l'égard de l'extranéité. A cet égard, la loi étrangère est prise comme métaphore de l'altérité tandis que les méthodes qui en déterminent l'accueil sont envisagées comme autant de formes qui revêtent des significations substantielles. Elles reposent sur des conceptions différentes du « conflit » de lois – et donc de la rencontre de perspectives diverses – perçu tantôt comme un affrontement, tantôt comme une concurrence, tantôt comme un dialogue. Et en fonction de

140. Voir par exemple, L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », dans E. Dubout et S. Touzé (dir. publ.), *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone, 2010, p. 159 ss et « La reconnaissance dans le champ des conflits de lois », *Trav. Comité dr. DIP*, 2014-2016, Paris, Pedone, p. 215 ; L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, LGDJ, 2001, préface Y. Lequette et « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille) », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 1.

141. C'est en cela que l'unilatéralisme et le bilatéralisme constituent une paire structurellement opposée, chacune étant issue de la critique interne de l'autre.

ces perceptions, elles déploient des outils de défense, de coordination ou d'ouverture, au nom de finalités très diverses : l'intégrité du droit national, l'harmonie internationale (ou les besoins de l'ordre ou du commerce international), la justice dans chaque cas, ou encore, les droits de l'homme, l'intégration politique des étrangers, la promotion des marchés, ou encore la régulation des externalités (législatives) transfrontières (dumping social, environnemental), etc.¹⁴².

35. Autrement dit, l'hypothèse avancée ici est celle d'une corrélation entre chacune de ces approches méthodologiques et une certaine esthétique, politique et éthique :

- En commençant par la position la plus fermée, un premier groupe méthodologique qu'on appellera *lex foriste* laisse très peu de place à la loi étrangère. Il met en œuvre une priorité systématique de la loi locale, qu'il étend à la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique du for, tout en restreignant aussi l'entrée des jugements étrangers. Il peut prendre la forme, techniquement, soit d'un unilatéralisme expansif ou encore de repli, soit d'une coïncidence des compétences juridictionnelle et législative, soit d'une méthodologie fonctionnaliste ou conflictuelle assortie de mécanismes qui expriment plus moins explicitement une préférence locale, ou un retour fréquent à la loi du for. Les raisons susceptibles d'en favoriser l'adoption sont multiples. Il peut s'agir ainsi, tout d'abord, d'une indifférence à l'égard des éléments étrangers présents au sein de la communauté locale (qu'il s'agisse de personnes qui y vivent, de produits qui y circulent, de coutumes qu'on y pratique...), qui sont considérés ainsi soit comme n'appelant pas un traitement spécifique, soit comme étant soumis à une injonction d'égalité ou à un objectif d'assimilation. Mais il peut s'agir ensuite d'une réaction plus nettement défensive, véhiculant de l'intolérance¹⁴³ et traduisant une

142. Ce que la tradition continentale appelle la « théorie générale du conflit de lois » est largement une discussion sur les vertus respectives de ces différents pôles. Laquelle de ces méthodes est la plus à même de réaliser la « justice du conflit de lois » demandent-on, ou la plus apte à assurer l'unicité ou à tout le moins la cohérence des réponses des ordres juridiques nationaux à l'égard d'une même relation géographiquement écartelée, ou encore la plus propice à la défense des valeurs jugées essentielles pour la nation ou pour le monde ?

143. L'intolérance renvoie à une réaction immunitaire à un transplant (en médecine) ou une greffe (en botanique), par lequel le tissu vivant transplanté ou greffé est rejeté par le système immunitaire de l'organisme récipient. L'incompatibilité est telle qu'elle conduit à la destruction du tissu transplanté. Dans la sphère politique, l'intolérance peut être assimilée à un rejet viscéral de la part du corps politique, lorsque le juge, porte-parole et la société civile ou l'opinion publique, réagit de façon défensive à l'intrusion

fermeture délibérée des frontières, géopolitiques et métaphoriques. Enfin, une autre possibilité encore est que cette fermeture passe pour de la déférence à l'égard de la loi étrangère et pénètre de façon moins visible dans des mécanismes apparemment respectueux de celle-ci ¹⁴⁴. Ce premier groupe est généralement considéré comme appartenant essentiellement au passé (même récent); ses manifestations sont en tout cas représentées comme des exceptions ou des anomalies dans le cadre d'une orientation méthodologique plus ouverte. En réalité, cependant, il tend, parfois subrepticement, à prendre une place centrale aujourd'hui, de sorte qu'il est sans doute en passe de détrôner l'orthodoxie, associée selon un discours conventionnel à un deuxième groupe.

- Celui-ci, de loin le plus représentatif tout au moins de l'état formel du droit positif comparé (celui des « livres », par opposition à celle de la pratique effective), se veut plus ouvert. Libéral et tolérant, il accepte d'accueillir la loi étrangère, mais de façon conditionnelle; la méthode dite conflictuelle en constitue l'incarnation emblématique. Qu'elle soit techniquement mécaniciste, ou alors flexible et proximiste, elle se sert des catégories de rattachement du for pour filtrer les institutions étrangères et préside ensuite à leur mise en œuvre selon ses conceptions et critères propres ¹⁴⁵. La loi étrangère est théoriquement instituée sur un pied d'égalité avec la loi du for, mais en réalité n'est reçue que sous le contrôle étroit de l'ordre juridique d'accueil afin de sauvegarder la propre cohérence de celui-ci. Généralement, cette position est justifiée au nom de la mission de coordination qu'assume le droit international privé. Dans cette optique, renoncer à une certaine maîtrise de l'insertion de la loi étrangère dans l'ordre juridique du for, ce serait s'exposer au risque du chaos et de l'incertitude. Ce deuxième groupe, longtemps dominant (ou « *mainstream* »), se voit largement concurrencé aujourd'hui par les manifestations méthodologiques plus agressives ou défensives évoquées plus haut. Parallèlement cependant, il est également

d'une institution ou pratique étrangère en se fermant. La rencontre avec l'altérité n'a pas lieu.

144. Au demeurant, comme, on le verra, identifier ce qui est respectueux et ce qui est discriminatoire est l'un des dilemmes essentiels du droit international privé (libéral): L. Brilmayer, « Governmental Interest Analysis: A House Without Foundations », 1985. Faculty Scholarship Series, Paper 2512, http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2512 et *infra*, n° 232 ss.

145. C'est la position influente développée par Ph. Francescakis, *op. cit.*

fragilisé par la progression d'un courant plus ouvert encore à l'égard de l'altérité.

- En effet, le troisième groupe est le plus hospitalier. Il s'agit d'un unilatéralisme-statutisme pluraliste ou d'ouverture, qui est prêt à accueillir la loi étrangère selon les conditions posées par cette loi elle-même¹⁴⁶. Certaines versions du néo-statutisme américain apparues dans le dernier tiers du XX^e siècle y tendent, tout comme l'unilatéralisme privatiste développé simultanément de ce côté-ci de l'Atlantique par Rolando Quadri. La doctrine de ce dernier avait pour souci la protection des prévisions des parties fondées sur les revendications de compétence par les lois étrangères¹⁴⁷. On voit bien ainsi que le terme « unilatéralisme », inventé¹⁴⁸ pour le distinguer du bilatéralisme (ou de la méthode conflictuelle) est inapproprié pour désigner cette incarnation particulière qui consiste non pas à affirmer la primauté absolue de la loi du for, mais à établir la coordination des lois, des systèmes, ou d'autres normes (culturelles, religieuses...) sur un mode hétérarchique¹⁴⁹. Aujourd'hui, comme on l'a vu, l'expression contemporaine de l'unilatéralisme dans la tradition européenne tend à permettre la protection des relations personnelles exogènes et hétérogènes sur le fondement de l'idée de reconnaissance. C'est à partir de ce troisième modèle, et avec l'aide d'autres perspectives disciplinaires, qu'il sera proposé dans ce qui suit de repenser la discipline du droit international privé à travers le prisme de ce qu'il conviendra de nommer l'inter-altérité.

Paragraphe 6. La grille d'analyse choisie et le plan du cours

36. Le choix de la méthode par laquelle le droit international privé organise la rencontre du droit local avec l'extranéité renvoie à un arrière-plan invisible, qui détermine la signification et les effets de ce

146. Voir D. Boden, *op. cit.*, qui appelle cette méthodologie « unilatéralisme-pluralisme ».

147. Voir R. Quadri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, éditions Liguori, Naples, 1967; voir également, « Critica del problema del rinvio », dans *Studi critici di diritto internazionale. Diritto internazionale privato*, volume I, Milan, 1958; « Quelques considérations sur la contribution du professeur Wengler au progrès du droit international privé », dans *Festschrift für W. Wengler*, volume 2, Berlin, Interrecht, 1973, p. 1.

148. Le terme a habituellement une connotation péjorative. Sur les origines du concept voir G.-P. Romano, *L'unilatéralismo nel diritto internazionale privato moderno*, thèse Universités de Padoue et Paris 2, 2005.

149. Au demeurant, Niboyet lui-même s'était converti à l'unilatéralisme en réfléchissant aux implications du renvoi, au nom du respect dû à l'égard de la souveraineté étrangère (voir sa note sous l'arrêt *Birchall*, Requête, 10 mai 1939, S., 1942. I. 73).

choix. Dans ce cadre, si l'extranéité apparaît comme une métaphore pour l'altérité¹⁵⁰, les méthodes du droit international privé apparaissent comme autant de positionnements par lesquels le droit réagit à la différence sur des registres très divers. Les trois parties qui suivent sont destinées à explorer, successivement, la signification substantielle des méthodes formelles du droit international privé sur ces différents registres. Pour reprendre les catégories d'analyse énoncées plus haut, on peut dire qu'adopter une posture méthodologique donnée en droit international privé, c'est donner une certaine forme esthétique à une position éthique ou politique. Bien entendu, comme toute typologie, celle qui résulte de la mise en relation des méthodes du droit international privé avec des perspectives venues d'autres disciplines, est nécessairement approximative¹⁵¹; la corrélation suggérée peut exister sur certains points et pas sur d'autres¹⁵².

37. Cependant, l'intérêt d'établir cette corrélation n'est pas de construire un schéma explicatif à valeur dogmatique, mais d'aider à décrypter les diverses réactions formulées au nom du droit, lorsque celui-ci est confronté à la différence sous des guises diverses. Que celle-ci affecte les pratiques, les individus, ou les normativités, ou qu'elle provienne de cultures étrangères ou de comportements déviants par rapport à la norme, et quel que soit le degré d'ouverture (ou de fermeture) qu'il s'agit d'instaurer, on peut observer que la technique (la forme) juridique est généralement mobilisée en faveur d'une réponse présentée comme allant de soi, ou comme l'aboutissement d'un raisonnement qui s'impose comme le seul concevable, ou comme le reflet juridique d'une catégorie préexistante. L'analyse proposée ici est donc destinée à mieux faire comprendre les enjeux plus profonds, souvent inconscients, des choix d'ordre méthodologique. C'est ainsi que sur le terrain de l'*esthétique*, tout d'abord, les trois méthodes décrites sont corrélées respectivement aux trois catégories proposées par Pierre Schlag, à

150. Comme nous l'avons déjà indiqué plus haut n° 7.

151. Les catégories d'analyse ne sont ni exhaustives ni étanches comme on l'a vu *supra*, n° 21 ss.

152. Théoriquement, par exemple, on peut être politiquement conservateur sur la question de la migration (les frontières nationales doivent être fermées aux migrants pour sauvegarder les institutions/l'économie/la sécurité) ou de la sexualité (le mariage doit être réservé aux couples de sexe différent) tout en acceptant d'assumer des obligations éthiques à l'égard des migrants qui se trouvent déjà dans les rues ou dans les camps (j'accueille ceux que je trouve sur mon chemin, que je trouve éminemment pleurables) ou d'être tolérant à l'égard de l'homosexualité (pourvu qu'elle n'affecte pas les institutions). Cependant, il serait également peu habituel pour une même personne de prôner en même temps un décentrement épistémologique, ou de défendre la cause de la politique identitaire.

savoir, une esthétique grillagée, énergétique ou perspectiviste¹⁵³. En théorie *politique*, elles peuvent être associées, respectivement, au conservatisme, au libéralisme et au pluralisme. En termes d'*éthique*, elles traduisent successivement la défiance, la tolérance, et, selon une équation qui sera expliquée plus loin, l'hospitalité et le décentrement.

- La première partie regroupera à cet égard les choix méthodologiques qui correspondent au modèle du cloisonnement. Comme on l'a vu, on assiste à l'époque contemporaine au renouveau remarquable de diverses démarches méthodologiques, de styles de raisonnement et de procédés techniques, qui tendent tous à fermer l'ordre juridique du for à l'égard de l'extranéité. Cette orientation générale du droit international privé passe souvent inaperçue, car elle n'est pas toujours assumée comme telle et s'inscrit plutôt dans les ombres et interstices de la méthodologie dominante. Cette partie sera composée pour l'essentiel de l'étude d'exemples, empruntés à des contextes nationaux ou internationaux diversifiés, intéressant aussi bien les conflits de lois que la compétence judiciaire, et destinés à démontrer l'étendue de l'emprise actuelle de modes de pensée cloisonnants.
- La deuxième partie concerne les expressions méthodologiques du modèle libéral. En droit international privé, il s'agit de l'approche présentée comme dominante, qui s'est affirmée au milieu du dernier siècle sur les ailes de la libéralisation des frontières en Europe occidentale et dans l'ambiance de tolérance et de l'affirmation des droits de l'homme qui a succédé à la période la plus sombre de son histoire contemporaine. Les postulats de neutralité politique, d'autonomie individuelle, d'égalité de tous devant la loi ont permis de sortir des fascismes et des protectionnismes qui s'étaient nichés dans la pensée juridique. Mais elle est naturellement affectée par les apories et contradictions qui touchent l'ensemble des concepts, valeurs et procédés juridiques dont elle se réclame. La neutralité dont elle se pare explique à cet égard un certain aveuglement ; l'effacement de la discipline tout entière, qui est délaissée aujourd'hui par des théorisations concurrentes du droit transnational ou global, y est certainement en grande partie redevable.
- Enfin, la troisième partie, la plus prospective, est consacrée au pluralisme juridique et aux modes de raisonnement qui l'accompagnent. Si le pluralisme juridique donne lieu à de multiples controverses sur sa signification et sa mise en œuvre, notamment dans le

153. *Supra*, n° 22.

contexte du multiculturalisme, le droit international privé peut offrir à cet égard quelques axes intéressants. C'est à travers ses incarnations spécifiquement réconfortantes qu'il suggère un modèle hétéroarchique et réflexif pour concevoir la coexistence de différentes normativités dans nos sociétés complexes¹⁵⁴. Il ne s'agit pas d'en faire la fin de l'histoire méthodologique ! Reflet de courants intellectuels traversant d'autres disciplines, elle est notamment guettée par les diverses objections récurrentes qu'y rencontrent les tentatives actuelles de sortir des paradigmes de la modernité ou du stato-centrisme. L'une des questions abordée dans cette partie sera de savoir si les griefs qu'elle ne manque pas de susciter sur ce point sont ou non de nature à disqualifier toute tentative de rebâtir à partir de ce modèle une méthodologie plausible pour organiser la rencontre avec l'altérité dans les conditions socio-politiques actuelles. Quoiqu'il en soit de la réponse à ces interrogations, on retiendra à ce stade que l'un des effets les plus notables de l'adoption d'une perspective pluraliste est de démontrer la relativité de la distinction entre les conflits endogènes et exogènes (qui n'a de sens que par référence à l'Etat), et par là même de remettre en question l'utilité d'une discipline juridique spécifique à ces derniers. C'est pourquoi, à la place du «droit international privé», qui répond précisément à cette dernière description, il sera question dans ce contexte du droit de l'«inter-altérité».

L'essentiel de l'introduction

Pour s'affranchir de la scolastique prévalente dans le domaine scientifique, le Discours de Descartes, publié à Leiden en 1637 invitait au décentrement, c'est-à-dire à la critique méthodologique au moyen d'un éclairage externe. Dans cet esprit, l'objectif de ce cours professé à La Haye quatre siècles plus tard est de mettre en résonance le droit international privé avec son environnement interdisciplinaire. Le propre de cette matière juridique est d'être une méta-méthodologie destinée à distribuer ou à répartir les lois ou les compétences dans l'espace. A ce titre, distanciée et neutre par rapport au fond, elle a bénéficié d'une certaine immunité par rapport aux théories critiques qui ont atteint d'autres branches du droit à partir des disciplines sociales et humaines ; elle n'est affectée ni par les analyses contestataires

154. Cette méthode, qui est encore de facture incertaine, est très loin de constituer une synthèse hégélienne des deux précédentes, ou une réplique qui serait issue de la critique interne de l'une ou l'autre, ou, encore moins, la fin de l'histoire méthodologique.

du discours juridique lui-même (féministe, post-colonial, etc.), ni par la géographie critique, dans son utilisation de la frontière, de la territorialité ou de la distribution spatiale des lois. Or, aujourd'hui, il est frappant de constater que le vocabulaire du droit international privé est très présent dans le débat politique (souveraineté, identité, territorialité, nationalité...), où il contribue à accréditer l'idée d'une certaine naturalité, ou neutralité, de concepts qui comporte tout aussi évidemment des sous-bassements politiques et éthiques très spécifiques et certainement pas univoques. Ce sont de telles dimensions substantielles des formes juridiques que sont les méthodes qui feront l'objet de ce cours. Délaissant l'historiographie conventionnelle d'un chassé-croisé binaire entre statutisme et conflictualisme, la grille de lecture proposée ici distinguera trois modèles possibles du traitement méthodologique de l'extranéité, allant du cloisonnement délibéré au pluralisme inspiré de l'inter-culturalisme, en passant par le modèle libéral, encore représenté comme le modèle dominant. Bien entendu, proposer une critique oblige à en révéler les prémisses. Il s'agira de proposer que le droit international privé, élaboré dans le contexte de la modernité, serve aujourd'hui à élaborer un « droit de l'inter-altérité », en croisant et échangeant son savoir avec celui des nouvelles formes de pluralisme juridique.