

LIBER AMICORUM

ANGELO DAVÌ

La vita giuridica internazionale
nell'età della globalizzazione

Volume I

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2019 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-581-6

PATRICK KINSCH*

TROIS VISIONS DE L'AVENIR D'UN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ NÉOLIBÉRAL

SOMMAIRE: 1. Introduction. Le présent: un droit international privé devenu néolibéral. – 2. Défaut de dynamisme propre au droit international privé et essentielle imprévisibilité du sens définitif des «mutations en cours». – 3. Première vision de l'avenir: l'hypothèse du développement d'un droit international privé ultralibéral. La théorie de l'effectivité propre des normativités privées. – 4. *Suite*: la reconnaissance des normativités privées par les ordres juridiques étatiques. – 5. Deuxième vision de l'avenir: l'hypothèse d'une décélération de la mutation néolibérale du droit international privé. – 6. Troisième vision de l'avenir: l'hypothèse d'un droit international privé populiste ou d'un droit international privé «illibéral». – 7. Conclusion.

1. Dans le monde contemporain des idées politiques, le néolibéralisme est une désignation qui peut notoirement être très polémique¹, au point d'être employée de manière réticente par ceux-là mêmes qui adhèrent à cette doctrine, et qui lui préféreront souvent un euphémisme – du style: «le libéralisme contemporain». Dans cette contribution en l'honneur d'un vrai scientifique, ce terme sera en revanche employé sans euphémisation, mais aussi sans opprobre: le néolibéralisme a (ou les néolibéralismes ont) des caractéristiques propres et distinctes², auxquelles on peut adhérer en tout ou en partie, ou ne pas adhérer, de même qu'on peut adhérer aux doctrines politiques du libéralisme classique, du conservatisme, du socialisme ou du souverainisme. Ce sont là des options légitimes à l'intérieur d'un débat démocratique. Lorsqu'il s'agit d'explorer scientifiquement l'incidence de l'une ou l'autre de ces options sur une matière comme le droit international

* Avocat, professeur à l'Université du Luxembourg.

¹ «Le néolibéralisme est un fascisme», selon la présidente de l'Association syndicale des magistrats de Belgique, M^{me} Manuela Cadelli (titre d'une carte blanche dans *Le Soir*, 3 mars 2016).

² Il existe tout un spectre de tendances à l'intérieur de la mouvance néolibérale; ce spectre va de l'ordolibéralisme à l'allemande au libertarisme à l'américaine: voir AUDIER, *Néolibéralisme(s), une archéologie intellectuelle*, Paris, 2012.

privé, le fait d'utiliser ces termes avec des connotations négatives, explicites ou sous-entendues, ne sert littéralement à rien.

La principale caractéristique de l'approche néolibérale du droit (mais aussi, plus généralement, de la société) est la particulière valorisation de l'économique par rapport au politique, toujours suspecté d'étatisme: «pour les néo-libéraux, le droit doit être produit selon des modalités et soutenir des impératifs économiques: il est produit et mode privilégié d'échange»³. Cela vaut aussi, et en fait surtout, en droit international privé⁴: le droit international privé est affecté au premier chef par les phénomènes de mondialisation et les possibilités, ou risques, d'optimisation qu'elle entraîne dans tous les domaines; le droit international privé joue un rôle central dans les stratégies des entreprises, mais aussi des particuliers, actifs sur le marché international des produits normatifs⁵.

L'orientation néolibérale n'est certes pas la seule caractéristique du droit international privé de notre époque – elle coexiste, parfois difficilement, avec une orientation subsistant dans certains domaines autour de ce qui reste l'idée d'État social⁶ –, mais elle influence manifestement le droit positif. Cela ne saurait surprendre: elle est un reflet de la libéralisation de l'économie d'une part, de la vie privée et familiale de l'autre; il serait étonnant que le droit international privé soit en mesure de se soustraire à ce mouvement politique et économique. Et en fait, il n'est

³ VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, 2002, p. 18. L'auteur ajoute: «La collusion entre la politique et le droit impliquée par l'interventionnisme est rejetée; idéalement, les sphères du politico-étatique et de l'économico-sociétal doivent être distinctes: à la loi étatique imposée d'en haut s'oppose le droit échangé "en bas"».

⁴ Nous renvoyons sur ce point à notre contribution, «Quel droit international privé pour une époque néolibérale?», *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, 2015, pp. 377 ss.

⁵ La meilleure introduction élémentaire à la pensée néolibérale appliquée au droit international privé dans tous les domaines (contrats, sociétés, mais aussi droits réels et droit de la famille) est le livre de O'HARA, RIBSTEIN, *The Law Market*, New York, 2009. Une approche académique est représentée par la thèse d'habilitation de RÜHL, *Statut und Effizienz*, Tübingen, 2011. Un autre livre – BASEDOW, *The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws*, Leiden, 2015 – est beaucoup plus modéré et proche de l'ordo-libéralisme.

⁶ On pensera spécialement aux règles de protection des parties faibles aux relations contractuelles que contiennent les règlements Bruxelles I *bis* (articles 10 à 23 du règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)) et Rome I (articles 6 à 8 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles).

pas difficile de trouver, en droit positif, des solutions que l'on peut identifier comme inspirées de la pensée néolibérale, et ce tant dans le domaine économique et social, où il remplace l'orientation plutôt interventionniste et étatiste des années précédant la libéralisation des années 1980 mais tout particulièrement 1990, que dans le domaine sociétal, où des solutions relevant d'un libéralisme ouvert sur l'importation de statuts personnels plus avancés que ceux admis par la loi du for ont remplacé le conservatisme du droit international privé de la famille des années antérieures, et même le libéralisme classique⁷.

Les solutions spécifiquement néolibérales peuvent être résumées en trois points.

En premier lieu, l'accent est désormais mis sur l'autonomie de la volonté qui tend à devenir, en tous domaines, la règle de conflit par défaut. Elle s'étend soit directement, y compris à des domaines nouveaux (ainsi en droit international privé du divorce, où l'art. 5 du règlement Rome III introduit une option de législation qui rompt avec l'approche européenne traditionnelle), soit indirectement, à travers la possibilité pour les entreprises et les particuliers de choisir de délocaliser l'acquisition d'un produit normatif (qu'il s'agisse d'une société ou d'un élément de leur statut personnel), puis de le réimporter dans leur ordre juridique à la faveur de l'application de la «méthode de la reconnaissance»⁸ qui a bénéficié, en droit positif, de son adoption par la Cour de justice de l'Union européenne et – avec, quand même, d'importantes nuances – par la Cour européenne des droits de l'homme⁹.

En deuxième lieu, un autre élément est caractéristique du succès des idées néolibérales en droit international privé, compte tenu de l'élément d'optimisation juridique qui est inhérent tout particulièrement à l'emploi de

⁷ Le libéralisme classique dans le droit international privé du statut personnel était représenté au dix-neuvième siècle par P.S. Mancini, qui faisait de l'autonomie de la volonté un principe du droit des conflits de lois en matière contractuelle, au motif que «l'action du pouvoir social s'arrête là où elle rencontre la liberté inoffensive et dès lors légitime des particuliers», mais excluait toute autonomie de la volonté en droit de la famille: «Personne ne peut renoncer à l'état et aux rapports de famille qui lui sont attribués par la loi de sa patrie [...] ces conditions sont comme le miroir qui reflète sa nationalité même» (MANCINI, «De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles», *Journal du droit int.*, 1874, p. 292 et p. 294).

⁸ Voir LAGARDE, «La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé?», *Recueil des cours*, tome 371, 2015, pp. 9 ss.

⁹ Voir l'analyse des arrêts de ces juridictions par DAVI, «Le renvoi en droit international privé contemporain», *Recueil des cours*, tome 352, 2012, par. 79 et 80, pp. 439-457.

la méthode de la reconnaissance: l'exception de fraude à la loi est abandonnée, ou affaiblie au point de devenir compatible avec une optimisation réussie; à cet égard c'est l'arrêt *Centros* de la Cour de justice de l'Union européenne qui est emblématique¹⁰.

En troisième lieu, le jeu de l'ordre public sera limité, et il existe une tendance à accepter, en droit des conflits de juridictions, que les lois de police (les *norme di applicazione necessaria*) ne sont – selon la formule clairvoyante, mais aussi empreinte de sympathie pour le *liberismo*, d'un auteur italien – que des «règles d'application semi-nécessaire»¹¹, qui ne déploient désormais leur pleine efficacité qu'à l'égard de parties qui ne choisissent pas de se soustraire à elles au moyen d'une clause compromissaire ou d'une clause attributive de juridiction en faveur d'un tribunal étranger¹². Sur ce dernier point

¹⁰ Arrêt du 9 mars 1999, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, points 24 à 27: l'arrêt *Centros* réserve certes l'abus et le fraude, mais il souligne également que «le droit de constituer une société en conformité avec la législation d'un État membre et de créer des succursales dans d'autres États membres est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le traité»; et il n'admet pas que la justice danoise condamne le recours par des entrepreneurs danois à la constitution d'une société en Angleterre à la seule fin d'éviter les prescriptions du droit des sociétés danois sur le capital social minimal, pour ensuite faire fonctionner exclusivement une «succursale» danoise de la société constituée en Angleterre. La solution de l'arrêt *Centros* a été répétée depuis lors, notamment, dans l'arrêt *Polbud* du 25 octobre 2017, C-106/16, ECLI:EU:C:2017:804, points 60 à 65.

¹¹ RADICATI DI BROZOLO, «Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d'application semi-nécessaire?», *Revue critique de droit int. privé*, 2003, pp. 1 ss.; ID., «Arbitrage commercial international et lois de police», *Recueil des cours*, tome 315, 2005, pp. 265 ss.

¹² La jurisprudence française a entièrement fait sienne la séparation entre l'applicabilité des lois de police du for et la reconnaissance des clauses attributives de juridiction ou d'arbitrage, faisant ainsi des lois de police des «règles d'application semi-nécessaire»: pour l'effet dérogatoire produit par une clause attributive de juridiction, voir Civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, n° 07-15823, *Revue critique de droit int. privé*, 2009, p. 69; pour une clause compromissaire Civ. 1^{re}, 8 juillet 2010, n° 09-67013, *ibidem*, 2010, p. 743, note BUREAU, MUIR WATT; mais voir aussi la solution similaire de la Cour de cassation italienne (Cassazione, 26 février 2007 n° 3841, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 160, avec toutefois une nuance qui indique que ce raisonnement s'applique «à plus forte raison à l'intérieur d'un espace de droit harmonisé comme l'est l'espace communautaire» p. 164) et, pour l'efficacité des clauses attributives de juridiction à des tribunaux d'un autre État européen, voir Cour de justice de l'Union européenne, arrêt du 16 mars 1999, *Trasporti Castelletti*, C-159/97, ECLI:EU:C:1999:142, point 49, selon lequel l'art. 17 de la Convention de Bruxelles de 1968 empêche l'interdiction des choix de for pour protéger les lois de police du for dérogé.

toutefois, il faut le souligner, le droit des États européens n'est pas unanime¹³.

On peut approuver ou désapprouver telle ou telle solution du droit international privé néolibéral, comme on peut l'approuver ou le désapprouver en bloc. Ce que l'on ne peut pas faire (ou du moins ce que l'on ne devrait pas faire, à moins d'accepter le risque d'apparaître comme prisonnier d'une approche conceptualiste du droit international privé qui n'est ici pas appropriée), c'est de considérer ces solutions comme des options purement techniques. Elles ne le sont pas; leur adoption n'était pas juridiquement inévitable. Elles sont l'expression d'une politique déterminée en droit international privé.

2. Le néolibéralisme n'est pas *l'horizon indépassable de notre temps*, y compris en droit international privé. L'évolution future du droit international privé est intrinsèquement imprévisible, et il n'est pas possible de savoir si le degré d'orientation néolibérale qui est celui du droit international privé actuel se maintiendra, s'accéléra ou au contraire s'inversera: le droit ne possède pas de dynamisme propre apte à engendrer par lui-même de fortes mutations des institutions ou des méthodes; celles-ci sont au contraire les reflets de mécanismes politiques, économiques ou culturels, en tout cas des phénomènes extra-juridiques¹⁴. Par conséquent, de même que les solutions néolibérales se sont imposées en droit international privé comme suite de l'avancée des idées néolibérales en politique, de même la réponse à la question de l'avenir du néolibéralisme en droit international privé

¹³ La jurisprudence allemande (Bundesgerichtshof, 5 septembre 2012, *Betriebsberater*, 2012, p. 3103, en trad. française: *Revue critique de droit int. privé*, 2013, p. 890, note JAULT-SESEKE) et anglaise (*The Hollandia* [1983] A.C. 565) estiment qu'il ne faut pas permettre ce contournement des lois de police du for et refusent de reconnaître cet effet à une clause attributive de juridiction. S'agissant de la non-reconnaissance dans pareil cas de l'effet de dérogation d'une clause compromissoire, voir Cassation belge, 12 septembre 2014, *Pasicrisie belge*, 2014, p. 1845 et, en jurisprudence autrichienne, Oberste Gerichtshof, 1^{er} mars 2017, 5 Ob 72/16y, *IPRax*, 2018, p. 532; voir également (si tant est que cet arrêt peut être lu *a contrario*) Cassazione, 28 décembre 2016 n° 27072, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2018, p. 114.

¹⁴ Voir les considérations finales de l'ouvrage de WESEL, *Geschichte des Rechts*⁴, München, 2014, n° 350. La vision contraire, celle notamment de Savigny, reposait précisément sur une préférence pour l'absence de mutations importantes, et pour une lente évolution des solutions juridiques en fonction des concepts préexistants et à l'abri du politique.

dépend de l'évolution des idées (et des réalités) politiques, économiques et culturelles. Il faudrait donc pouvoir prédire l'évolution future de la société pour prédire l'évolution future du droit en général, et du droit international privé en particulier. Or, s'il est possible de constater – en particulier rétrospectivement – l'existence de tendances dans l'évolution de la société ou du politique, il faut se résoudre à reconnaître l'impossibilité de prédire d'avance le sens ultime dans lequel évoluera la société¹⁵. La futurologie n'est pas une science sociale.

En ce qui concerne l'évolution de la société en général, il y a ceux qui espèrent que le néolibéralisme est la fin de l'histoire, d'autres qui le craignent, mais il est possible aussi qu'il s'avérera en définitive que le néolibéralisme a eu sa plus haute conjoncture au cours de la dernière décennie du vingtième siècle¹⁶, et qu'une autre orientation politique est en train de le remplacer. Ceci n'empêcherait pas l'analyse en termes de néolibéralisme de rester pour l'instant exacte comme description de certains aspects du droit des États occidentaux, ni le néolibéralisme d'avoir produit certains de ses résultats jurisprudentiels les plus visibles et les plus remarquables au cours des premières décennies du vingt-et-unième siècle: il se peut que ce type de décalage dans le temps soit caractéristique de la relative lenteur de la réaction du droit (ou des juristes) à une évolution en cours autour d'eux.

On ne présentera pas une seule vision de ce qui sera sûrement l'avenir du droit international privé, mais au contraire trois visions, qui correspondent à trois possibilités: le néolibéralisme pourrait se radicaliser et devenir un ultralibéralisme; il pourrait aussi se stabiliser et se décélérer, aboutissant à un nouveau compromis entre l'autonomie de la volonté et l'autorité de la loi; il pourrait enfin sombrer dans le populisme, ou dans un droit international privé «illibéral». Celle de ces trois visions qui s'imposera dépendra de facteurs qui se situent en dehors du droit international privé.

¹⁵ Cf. POPPER, *The Poverty of Historicism*, d'abord publié en 1944 et 1945 dans trois livraisons de la revue *Economica*, puis sous forme de livre: London, 1957 (trad. française, *Misère de l'historicisme*, Paris, 1956), spéc. chapitres 27 et 28.

¹⁶ En fonction de l'évolution future, le néolibéralisme pourrait venir à apparaître, au-delà du cas de l'Union européenne, comme ayant connu sa plus haute conjoncture au cours des années Clinton.

3. La première vision de l'avenir serait celle du *développement d'un droit international privé ultralibéral*.

Une manière – mais une manière seulement partielle – de rendre encore plus libéral le droit international privé actuel consisterait simplement à supprimer les obstacles au choix du droit d'un autre État qui subsistent dans les techniques actuelles du droit international privé: on libéraliserait complètement, par exemple, le choix de la loi applicable au divorce au-delà de la simple option, telle qu'elle existe en droit européen actuel, entre les lois de la nationalité et de la résidence habituelle des époux¹⁷; étendrait l'autonomie de la volonté à des domaines qui ne sont pas encore touchés par elle, tels les droits réels¹⁸, et supprimerait les obstacles qui subsistent à la reconnaissance de droits patrimoniaux et de statuts personnels acquis conformément à un système étranger de conflits de lois. Si tous les obstacles au fonctionnement du marché international des normes juridiques disparaissaient suite à ces mesures de libéralisation progressive, le droit international privé serait caractérisé par l'absence d'entraves à l'autonomie de la volonté – sauf qu'il en subsisterait une: il faudrait toujours que le droit extrapatrimonial ou patrimonial acquis ait au préalable été reconnu par au moins un État qui le consacre dans son système juridique.

Pour aller plus loin, il faudrait se débarrasser de la contrainte, que les véritables ultralibéraux considèrent comme excessive, tenant à l'intervention d'un ordre juridique *étatique*. À cet égard, l'ultime frontière dans le développement d'un droit international privé ultralibéral serait l'acceptation du «contrat sans loi», figure théorique rejetée par le droit positif au vingtième siècle¹⁹ – ou, dans le domaine du droit de la famille, d'une «personne sans loi»²⁰, dont le statut, entièrement autonome, n'obéirait à aucune règle. Les revendications

¹⁷ Conformément à la proposition de BASEDOW, *op. cit. supra* (note 5), n° 410.

¹⁸ Cf. les propositions de O'HARA, RIBSTEIN, *The Law Market, op. cit. supra* (note 5), pp. 183 ss.

¹⁹ En France: Cassation civ., 21 juin 1950, *Messageries maritimes, Revue critique de droit int. privé*, 1950, p. 609, note BATIFFOL; *Grands Arrêts*, n° 22, selon lequel «tout contrat est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat». Voir également, pour l'insistance de la jurisprudence allemande sur la soumission sans restriction du contrat au pouvoir législatif d'un État quel qu'il soit, Reichsgericht, 28 mai 1936, *Juristische Wochenschrift*, 1936, p. 2058; trad. française, *Journal du droit int.*, 1936, pp. 951 ss.

²⁰ Suivant l'expression polémique, mais bien trouvée, de MARZAL YETANO, «The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Private International Law», *Journal of Private Int. Law*, 2010, pp. 155 ss., spéc. p. 191.

tendant à l'introduction de ces possibilités restent cependant très marginales²¹.

Ce qui est réellement envisagé en revanche, en doctrine²², est la généralisation du recours à des normes préexistantes, d'origine privée, qui pourraient remplacer progressivement le droit étatique au profit de normes anationales produites par le secteur privé. Cette possibilité concerne principalement les activités économiques, mais pourrait potentiellement connaître des applications en matière de droit de la famille.

Dans le domaine économique, des normes dites «anationales» peuvent être produites dans un contexte de coopération entre États (exemple: la Convention des Nations-Unies de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises), mais ce type d'activité normative n'est en réalité pas du tout soustrait à l'emprise des États, dont il est au contraire un produit collectif. De véritables projets normatifs anationaux sont ceux qui émanent des travaux de groupes scientifiques (par exemple les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international²³), ou alors ceux qui émanent de l'activité spontanée du secteur marchand. Ce sont ces dernières normes qui, à défaut de présenter les mêmes garanties d'impartialité que les travaux d'Unidroit, sont les plus intéressantes dans le présent contexte²⁴.

²¹ Pour une variante plus modérée du «contrat sans loi», voir cependant MERCADAL, «Ordre public et contrat international», *Droit et pratique du commerce int.*, 1977, pp. 457 ss.; compte-rendu critique par LAGARDE, *Revue critique de droit int. privé*, 1978, pp. 247 ss., et réplique de l'auteur, *Droit et pratique du commerce int.*, 1978, pp. 576 ss. (contrat relevant d'une liberté contractuelle complète, sauf l'obligation de respecter l'ordre public international «du système juridique avec lequel le contrat est susceptible d'entrer en contact pour produire ses effets»). Pour une contractualisation complète du droit du couple et de la filiation, voir BORRILLO, *La famille par contrat*, Paris, 2018.

²² Voir O'HARA, RIBSTEIN, *The Law Market*, *op. cit. supra* (note 5), pp. 222 ss.: section intitulée «The Future of State Law»; voir également *ibid.*, pp. 88-89.

²³ Dernière édition publiée par UNIDROIT, Rome, 2016.

²⁴ Sur l'opposition entre les deux types d'activité de la «société civile», voir KESSEDJIAN, «Codification du droit commercial international et droit international privé», *Recueil des cours*, tome 300, 2002, pp. 79 ss., spéc. pp. 143 ss.; MICHAELS, «Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts», *Liber amicorum Hans Micklitz*, Cham, 2014, pp. 43 ss., spéc. p. 46; et, particulièrement critique à l'égard de la valeur du deuxième type d'activités normatives, SYMEONIDES, «Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism», *Recueil des cours*, tome 384, 2016, pp. 72-75.

Il peut arriver, cela dit, que plus un ensemble de normes privées est ambitieux, moins il est attrayant pour les opérateurs économiques: la *lex mercatoria*, s'il faut la comprendre comme représentant un droit général du commerce international, s'est avérée à l'expérience ne posséder qu'une faible attractivité²⁵, au point que sa «disparition prochaine» a pu être prédite²⁶. Par contraste, dans des domaines particuliers de l'activité économique, les normes privées peuvent revêtir un attrait réel et il peut y avoir des ensembles de normes qui sont des rivaux sectoriels (ou alors des compléments) de la production normative des États²⁷.

L'activité normative du secteur privé peut théoriquement être si effective et autonome qu'elle n'a pas besoin des États pour s'imposer. Elle peut également dépendre, pour accéder à la pleine effectivité, de sa reconnaissance par les États. Elle peut enfin ne bénéficier ni d'une effectivité factuelle indiscutable, ni de sa reconnaissance par les États et sera alors ineffective, quel que soit dans ce cas son éventuel intérêt sur le plan des concepts²⁸.

²⁵ Sur le désintérêt des opérateurs du commerce international pour la *lex mercatoria*, voir les recherches empiriques de CUNIBERTI menées à partir de l'étude des données publiées par la Chambre de commerce internationale, l'institution arbitrale des chambres de commerce suisses, le Singapore International Arbitration Centre et le Hong Kong International Arbitration Centre: «Three Theories of *Lex Mercatoria*», *Columbia Journal of Transnational Law*, 2014, pp. 369 ss.; «La *Lex Mercatoria* au XXI^e siècle», *Journal du droit int.*, 2016, pp. 765 ss.; voir aussi «The Merchant Who Would Not Be King: Unreasonable Fears about Private Lawmaking», in *Private International Law and Global Governance* (dir. Muir Watt et Fernández Arroyo), Oxford, 2014, pp. 141 ss.

²⁶ MAYER, «Actualité du contrat international», conférence reproduite aux *Petites affiches*, n° 90, 5 mai 2000.

²⁷ Il existe une discussion sur l'existence d'une *lex maritima* autonome: pour l'autonomie de celle-ci en tant qu'ensemble de normes, voir MAURER, BECKERS, «Lex Maritima», in *Festschrift Gunther Teubner*, Berlin, 2009, pp. 811 ss.; MAURER, «Lex Maritima», in *Encyclopedia of Private International Law* (dir. Basedow *et al.*), Cheltenham, 2017, vol. II, pp. 1113 ss. Beaucoup plus prudent sur les rapports entre *lex maritima* et lois étatiques, CACHARD, «La nouvelle *Lex maritima*», *Mélanges Bertrand Ancel*, Paris/Madrid, 2018, pp. 335 ss., spéc. p. 346; et pour un droit maritime purement et simplement fondé sur le droit étatique et régi par les règles du droit international privé, voir MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im IPR*, Tübingen, 1995. L'existence d'une *lex maritima* autonome est l'une des questions qui appellent un examen critique par les spécialistes.

²⁸ Sur le plan conceptuel, il restera vrai que sa reconnaissance par d'autres ordres juridiques «n'est pas constitutive pour l'existence d'un ordre juridique» (TEUBNER, «Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus»,

La première hypothèse est celle, centrale dans le cadre des discussions relatives au droit transnational privé, des activités normatives privées qui sont effectives par elles-mêmes et sans recours aux ressources des États. Des normativités de ce type existent parfois²⁹; la question intéressante, et qui appelle des travaux de recherche impartiaux, est celle de savoir dans quelle mesure une normativité vraiment indépendante des États est effective à grande échelle. Cette dernière supposition correspondrait aux idéaux du libéralisme ou de l'anarcho-capitalisme, qui fait partie de la famille néolibérale, fût-ce en tant qu'enfant terrible³⁰. L'anarcho-capitalisme a pour point commun avec l'anarcho-syndicalisme ou les autres formes d'anarchisme de gauche d'aboutir à la vision d'un dépérissement de l'État, mais comme caractéristique propre de reposer sur un système d'organisation sociale post-étatique résolument individualiste, à partir de la valeur centrale de la propriété privée. La sécurité et la justice n'y sont plus des services publics, mais des biens privés qu'est censé produire le marché: généralisation de l'arbitrage privé (l'exécution des sentences relevant également, après la fin du monopole étatique de la violence légitime, des divers modes de contrainte ou de persuasion du secteur privé), généralisation des services de sécurité privés. Des sociétés anarcho-capitalistes sont censées avoir existé: on cite, dans la littérature libertarienne, l'Islande des sagas médiévales³¹, ou les communautés marchandes médiévales censées avoir été régies par la *lex mercatoria* ou encore, peut-être, la Somalie de 1991 à 2006 après l'effondrement des structures étatiques dans ce pays³².

Le problème est que, pour fonctionner de manière entièrement autonome et pour pouvoir concurrencer les ordres juridiques étatiques,

Rechtshistorisches Journal, 1996, pp. 255 ss., spéc. p. 279), mais le produit d'un ordre juridique qui n'est ni effectif, ni reconnu par un ordre juridique effectif risque en même temps d'être très peu significatif.

²⁹ Ainsi dans le milieu des marchands de diamants new-yorkais, étudié empiriquement par BERNSTEIN, «Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry», *Journal of Legal Studies*, 1992, pp. 115 ss.

³⁰ Sur les doctrines anarcho-capitalistes, voir VALENTIN, *Les conceptions néolibérales du droit*, op. cit. supra (note 3), pp. 339 ss. Les principaux représentants de cette philosophie (ce qu'elle est restée pour l'instant, à défaut d'avoir pu se réaliser dans le monde réel) sont Murray Rothbard et David Friedman.

³¹ FRIEDMAN, «Private Creation and Enforcement of Law: A Historical Case», *Journal of Legal Studies*, 1979, pp. 399 ss.

³² Voir en ce sens, sur le site mises.org du Mises Institute, l'article «The Rule of Law Without the State» publié en 2007 par l'anthropologue libertarien Spencer MacCallum.

un produit normatif du secteur privé devrait pouvoir se réaliser sans le concours et sans la reconnaissance de ceux-ci. S'il réussit vraiment à le faire, son effectivité s'imposera par la force normative des faits – à l'instar (pour choisir un exemple purement économique, qui suscite un intérêt important de la part des libertariens) d'une crypto-monnaie qui réussirait, par ses caractéristiques propres, à être adoptée en fait par les acteurs économiques au point de remplacer les monnaies, inefficaces, des banques centrales étatiques³³.

Dans ce contexte, une hypothèse intéressante est celle des contrats «auto-exécutoires» (*self-enforcing contracts*), qui se serviraient de la technologie informatique pour veiller à la mise en œuvre effective des termes du contrat, sans recours même potentiel à la justice étatique³⁴. Évidemment, ceci pose la question de savoir s'il faut se féliciter de cette potentielle efficacité absolue de la mise en œuvre de contrats, ou s'il faut au contraire regretter l'absence de l'intervention d'un juge (et donc des mécanismes qui peuvent être prévus en droit national pour rétablir l'équilibre dans des contrats déséquilibrés ou pour réagir aux vices du consentement). Mais c'est là une question axiologique, sans grande conséquence si vraiment les contrats *self-enforcing* s'imposaient effectivement dans un hypothétique monde du futur fonctionnant selon la logique du darwinisme juridique, sans opposition effective de la part des États³⁵.

³³ Ce n'est pas une vision très récente; elle correspond à une mise à jour, au regard de la technologie actuelle, d'une thèse avancée par HAYEK, *Denationalisation of Money: The Argument Refined*, London, 1976.

³⁴ ORTOLANI, «Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2016, pp. 595 ss.; à paraître du même auteur, «The Judicialisation of the Blockchain», in *Regulating Blockchain: Techno-Social and Legal Challenges* (dir. Hacker *et al.*), Oxford, 2019.

³⁵ L'opposition des États est une possibilité aussi longtemps que le monopole étatique de la violence légitime est effectif. Comme l'écrit ORTOLANI («The Three Challenges of Stateless Justice», *Journal of Int. Dispute Settlement*, 2016, pp. 596 ss., spéc. p. 603): «The state retains the power to undo or modify the allocation of resources attained by way of private enforcement». Il faut évidemment qu'il en ait la volonté. En tout cas un discours du ministre britannique de la Justice du 30 novembre 2018 (www.gov.uk) met en avant une initiative dont il dit qu'elle «brings together forty of the top law firms, the Law Commission, standards institutions, professional associations and blockchain companies with a view to creating a legal and technical framework for smart legal contracts. Self-executing smart legal contracts will radically transform commercial transactions and I am determined to see the UK become a hub for their development and use».

La même observation vaut pour ce qui est des mécanismes produisant la normativité issue du secteur privé: on peut juger les résultats de leur fonctionnement particulièrement conformes aux besoins de l'économie internationale – mais on peut également préférer regretter qu'ils ne permettent aucun contrôle démocratique, et aucune participation réelle des tiers par rapport aux communautés dans lesquelles s'élaborent les normes³⁶. Là encore, selon une logique strictement économique, si l'effectivité – par hypothèse indépendante du concours de l'État – d'une norme est réelle, elle peut s'imposer et remplacer sa légitimité démocratique. Théoriquement la normativité privée pourrait ainsi l'emporter de manière générale. Mais cette vision du futur est une utopie négative.

4. Si on l'écarte (du moins pour l'instant), il reste une seconde manière pour les normes résultant de l'activité normative privée d'acquiescer l'effectivité qu'elles n'ont, dans cette seconde hypothèse, pas par elles-mêmes: c'est leur reconnaissance par les États. Les États peuvent, si tel est leur choix, prévoir l'application par leurs tribunaux des normes privées (ou l'exécution des décisions privées) auxquelles ils reconnaissent force juridique. Mais qui dit reconnaissance dit aussi, implicitement, possibilité de la non-reconnaissance. C'est là l'un des enseignements fondamentaux de la théorie du pluralisme juridique développée par Santi Romano, qui n'a pas perdu son actualité sur ce point³⁷.

³⁶ Cf. VON BOGDANDY, DELLAVALLE, «Die Lex Mercatoria der Systemtheorie», *Festschrift Gunther Teubner*, Berlin, 2009, pp. 695 ss., spéc. pp. 714-715; plus généralement sur les critiques que peut susciter l'activité normative privée du point de vue de l'absence de sa légitimation, SCHULTZ, *Transnational Legality*, Oxford, 2014. Un point de vue différent est défendu, sans surprise, par TEUBNER, «Quod omnes tangit: Transnationale Verfassungen ohne Demokratie?», *Der Staat*, 2018, pp. 1 ss. Gunther Teubner estime qu'il existe des formes embryonnaires de contrôle démocratique de cette normativité, mais ce qu'il écrit n'est en réalité pas très rassurant, spécialement en ce qui concerne le contrôle de la légitimité des effets de ces normes sociales à l'égard des tiers.

³⁷ Chez ROMANO, l'acceptation de l'existence du pluralisme des normativités va en effet de pair, à travers la notion de «relevance» (*rilevanza*) d'un «ordre juridique» pour un autre, avec un droit des relations entre normativités (voir *L'ordinamento giuridico*², Firenze, 1946, trad. française, *L'ordre juridique*, rééd. Paris, 2002, spéc. par. 34). Un ordre juridique, et spécialement l'ordre juridique de l'État, *peut*, mais ne *doit* pas nécessairement, nier la valeur juridique d'un autre (*ibid.*, note 95 *bis* – dans la trad.

C'est dans un cadre précis, celui de l'exécution de sentences arbitrales, que de nombreux ordres juridiques étatiques acceptent de reconnaître, et de rendre ainsi pleinement effectif, un aspect de l'activité normative privée transnationale. L'exequatur accordé à une sentence arbitrale n'a en lui-même rien de particulièrement transnational ou anational, du moment que le tribunal arbitral s'est efforcé, comme le font la plupart des tribunaux arbitraux³⁸, de respecter et d'appliquer le droit étatique choisi par les parties ou de déterminer et d'appliquer une loi (étatique) applicable en l'absence de choix par les parties. Mais la jurisprudence peut montrer que les tribunaux d'un État sont également prêts à reconnaître et rendre exécutoire dans l'ordre juridique étatique des sentences arbitrales fondées sur l'application de normes anationales comme la *lex mercatoria* ou sur la création, par les arbitres, de normes relevant d'un ordre juridique *bis* qui diverge sur tel ou tel point de l'ordre juridique étatique, au profit de règles que les arbitres estiment plus conformes aux besoins du commerce international³⁹.

La jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation française s'est particulièrement distinguée dans cette approche libérale⁴⁰, en y ajoutant un vocabulaire enthousiaste⁴¹.

française, pp. 106-107, note 1); il le fera selon ses propres critères, dont il est certes souhaitable qu'ils ne soient pas arbitraires; et l'État pourra même aller jusqu'à considérer certains ordres juridiques non étatiques comme illicites et les combattre (par. 30). Romano, tout en admettant comme théoricien le pluralisme des normativités, n'en était pas moins, idéologiquement, un étatiste («un pluraliste sur le plan théorique, mais un moniste sur le plan idéologique»: BOBBIO, «Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano», *Amministrare*, 1975, p. 447 ss., spéc. p. 464) et il devait d'ailleurs, sous le régime fasciste, accepter la fonction de président du Conseil d'État italien, fonction qui semblerait incompatible avec une pensée anarchisante. Voir aussi SOLDINI, «Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste», *Jus politicum*, 2015, et lire le discours inaugural de Romano à l'Université de Pise, «Lo Stato moderno e la sua crisi», *Rivista di diritto pubblico*, 1910, p. 97 ss., traduction française «L'État moderne et sa crise», *Jus politicum*, 2015.

³⁸ Voir les données chiffrées collectées par CUNIBERTI, article cit. *supra* (note 25).

³⁹ Voir GAILLARD, «Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international», *Recueil des cours*, tome 329, 2007, ouvrage d'un auteur favorable à la reconnaissance par les ordres juridiques étatiques de l'existence d'un «ordre juridique arbitral» propre, mais qui expose de manière objective les différentes approches possibles.

⁴⁰ Pour la reconnaissance d'une sentence fondée sur la *lex mercatoria*, voir ainsi le célèbre arrêt Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1991, *Compañia Valenciana*, n° 89-21528, *Journal du droit int.*, 1992, p. 177, note (jubilaire) GOLDMAN; *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 457, note (sceptique) LAGARDE.

⁴¹ Selon sa jurisprudence, la sentence en matière d'arbitrage commercial international, «qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de

Les auteurs d'un rapport figurant dans l'étude annuelle 2017 de la Cour de cassation, après avoir rappelé que

«la jurisprudence de la Cour de cassation ne trouve d'autre explication que dans l'existence d'un autre ordre juridique, distinct des ordres juridiques étatiques»,

vont jusqu'à affirmer ceci:

«Ordre juridique arbitral, ordre juridique transnational ou *lex mercatoria* [...], ordre juridique international interétatique, tous n'ont été créés que pour neutraliser l'ordre juridique interne. Ils trouvent le soutien de l'article 55 de la Constitution qui règle les rapports entre l'ordre juridique français et les ordres juridiques supranationaux»⁴².

Cette doctrine proche de la Cour de cassation française – ce n'est pas, ou pas encore, sa jurisprudence – est une doctrine qui est, sur ce point, ultralibérale: l'art. 55 de la Constitution française⁴³, auquel le rapport fait référence, définit le principe de l'acceptation, par l'ordre juridique français, de la primauté des traités relevant de l'ordre juridique international – principe qui avait été (et reste) compris, par des esprits plus classiques, comme visant le seul droit international public. Les auteurs de ce passage paraissent donc prêts à reconnaître la primauté hiérarchique, par rapport à l'ordre juridique français, des normes issues de l'«ordre juridique arbitral» ou de la *lex mercatoria*. Cette position peut être jugée surprenante, même en droit français.

Cela dit, d'autres jurisprudences nationales ont également décidé qu'une sentence arbitrale faisant application de la *lex mercatoria* peut

justice internationale»: Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2007, *Putrabali*, n° 05-18053, *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 507, rapport ANCEL, note GAILLARD. Voir aussi, entre autres, Cass. civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, *Ryanair*, n° 13-25846, *ibidem*, 2015, p. 1131, note LAZOUZI, arrêt qui ajoute que la Convention de New York de 1958 et le Code de procédure civile français, permettant de déclarer exécutoires dans l'ordre juridique étatique les sentences, seraient des «textes constitutifs de l'ordre arbitral international». On notera que la jurisprudence du Conseil d'État français est beaucoup moins lyrique et plus classique.

⁴² *Le juge et la mondialisation dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Paris, 2017, pp. 175, 176.

⁴³ «Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie».

être déclarée exécutoire⁴⁴, et la solution n'est pas surprenante ou choquante en elle-même, même pour un juriste attaché à la primauté des ordres juridiques étatiques. Dans la plupart des ordres juridiques, l'arbitrage commercial, qu'il soit interne ou international, est traité comme soumis à la plus grande autonomie privée. De très nombreux ordres juridiques étatiques admettent que les parties stipulent que l'arbitrage sera soumis aux règles de l'amiable composition, c'est-à-dire aux règles d'un arbitrage dans le cadre duquel les arbitres ne sont pas tenus de faire application d'une quelconque règle de droit. Or la reconnaissance d'une sentence arbitrale fondée sur ce que l'arbitre considère comme la *lex mercatoria* va en fait beaucoup moins loin, dans le sens de l'autonomie des tribunaux d'arbitrage, que la reconnaissance d'une sentence arbitrale rendue en amiable composition⁴⁵. Le rejet, généralisé dans les ordres juridiques favorables à l'arbitrage, de la révision au fond des sentences arbitrales va dans le même sens et peut justifier que les tribunaux étatiques acceptent, sans intervenir dans le choix opéré par les arbitres, l'application d'un droit anational par une sentence.

Mais en dehors de l'exequatur des sentences arbitrales, la normativité privée ne bénéficie pas de la même reconnaissance de la part des ordres juridiques étatiques, qui ne semblent pas réellement sur le point de prendre, à cet égard, un tournant (ultra-)libéral. Il n'existe ainsi pas de jurisprudence significative de tribunaux étatiques qui appliqueraient eux-mêmes la *lex mercatoria*⁴⁶; et la Cour de cassation

⁴⁴ Voir en particulier, dans la jurisprudence italienne des années 1980, un arrêt favorable, y compris dans le détail de sa motivation, à une approche *lex-mercatoriste* de l'arbitrage international: Cassazione, 8 février 1982, n° 722, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1982, p. 829.

⁴⁵ BERMANN, «International Arbitration and Private International Law», *Recueil des cours*, tome 381, 2016, n° 404.

⁴⁶ Favorable à l'application de la *lex mercatoria* devant le juge français (et intervenant à un moment où la référence à celle-ci était particulièrement à la mode), un jugement du Tribunal de commerce de Nantes, 11 juillet 1991, *Journal du droit int.*, 1993, p. 330, note LEBOULANGER, est restée sans lendemain; on notera que la motivation de ce jugement, sur les raisons du choix et la détermination du contenu de la *lex mercatoria*, est brève et, en réalité, naïve:

«Que, la convention des parties en date du 30 septembre 1980 étant, comme il a été ci-dessus, muette sur ce point comme sur beaucoup d'autres, le tribunal en conclut qu'elles ont entendu soumettre leur rapport aux principes généraux des usages commerciaux internationaux et notamment à la "lex mercatoria" dont Lord Justice

française (chambre commerciale) elle-même a refusé, dans un litige porté directement devant une juridiction étatique française, d'accorder un statut particulier aux *Incoterms* de la Chambre de commerce internationale, pourtant fréquemment considérés comme emblématiques de la normativité privée; elle a au contraire jugé que

«les parties peuvent déroger librement par des stipulations particulières aux règles dites “Incoterms”, lesquelles résultent uniquement des usages commerciaux»⁴⁷.

De même, lors des travaux préparatoires du règlement Rome I, une décision consciente a été prise de ne pas admettre le choix, comme droit applicable à un contrat devant une juridiction de l'un des États membres de l'Union, d'un droit non étatique. C'est ce qui résulte de l'art. 3, par. 1^{er}, du règlement («Le contrat est régi par la loi choisie par les parties»), qui donne au terme «loi» le sens technique de «loi étatique». La même restriction s'appliquait déjà au regard du texte, identique, de l'art. 3 de la Convention de Rome de 1980. Le maintien de cette restriction a été voulu par le législateur de l'Union pour des raisons tirées notamment du respect du principe démocratique⁴⁸. Elle est explicitée par le considérant n° 13 du règlement, selon lequel il n'est pas interdit aux parties «d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale»: «intégrer par référence» présuppose qu'un autre droit – une autre loi étatique, dans le système du règlement Rome I – est applicable au contrat et impose le respect de ses propres règles non supplétives de volonté; seules les règles supplétives peuvent être remplacées par le droit non étatique auquel les parties se sont référées, de même qu'elles auraient pu les

Mustill rappelle que le principe “pacta sunt servanda” constitue le principe fondamental de l'entier système;

Que le tribunal s'attachera donc à l'esprit et à la lettre de cette convention».

Voir aussi, pour une référence explicite à la *lex mercatoria* en jurisprudence (cantonale) suisse, à propos des garanties bancaires à première demande, Obergericht Zurich, 9 mai 1985, *Blätter für zürcherische Rechtsprechung*, 1986, n° 23.

⁴⁷ Cassation (chambre commerciale), 2 octobre 1990, *Bulletin civil*, IV, n° 222.

⁴⁸ Spécifiquement sur les raisons du rejet, lors des travaux préparatoires du règlement, de la proposition (modeste) de la Commission européenne d'admettre le choix, comme droit applicable au contrat, de «principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire» (COM(2005) 650 final), voir WAGNER, *IPRax*, 2008, p. 379; MANKOWSKI, *Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, 2011, p. 30.

remplacer par des termes et conditions rédigés sur mesure pour leur contrat. Il s'ensuit entre autres que, comme l'ont décidé un certain nombre de décisions anglaises, il n'est pas possible de stipuler, avec effet à l'égard des tribunaux d'un État membre de l'Union européenne, que le droit applicable à un contrat sera le droit de la charia ou le droit talmudique⁴⁹.

Ce choix du règlement Rome I est évidemment contesté par une doctrine acquise à des principes plus nettement libéraux. Les auteurs de ces critiques estiment que rien ne distingue vraiment les normes étatiques et les normes anationales, si bien que la restriction à l'égard du choix d'un droit non étatique est «absurde»⁵⁰, ou même contraire à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵¹. Ces auteurs font fondamentalement autant (sinon plus?) confiance aux acteurs privés pour formuler des normes qu'aux acteurs publics. Les auteurs du règlement Rome I ont été plus prudents.

Appliquant quant à lui la même logique que celle des auteurs du règlement, le Tribunal fédéral suisse a décidé qu'il était impossible de voir une élection de droit valable au profit du règlement de la FIFA dans la clause d'un accord de transfert de joueurs entre deux clubs de football qui prévoyait que l'accord était régi par «les règles de la FIFA et par le droit suisse», et qu'il n'était pas possible de reconnaître la réglementation de la FIFA comme élément d'une «*lex sportiva transnationalis*»⁵². Cette qualification ne vaut évidemment que pour

⁴⁹ *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.* [2004] EWCA Civ 19; *Halpern v. Halpern* [2007] EWCA Civ 291 (*balakhab* talmudique); *Musawi v. R.E. International (UK) Ltd.* [2007] EWHC 2981 (Ch); *Dubai Islamic Bank v. PSI Energy Holding Co.* [2013] EWHC 3186 (Comm), par. 11. En revanche, dans la mesure où le droit étatique choisi fait référence à des règles religieuses, celles-ci deviennent indirectement applicables, conformément à la méthode conflictualiste classique.

⁵⁰ Voir RADICATI DI BROZOLO, «Non-National Rules and Conflicts of Laws: Reflections in Light of the Unidroit and Hague Principles», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2102, pp. 841 ss., spéc. p. 857, pour la réflexion que l'argument tiré du déficit démocratique des règles transnationales est «particulièrement frappant par son absurdité», étant donné que le choix d'un droit étatique étranger reste permis, alors que rien ne garantit sa conformité aux principes démocratiques de l'État du for.

⁵¹ HELLGARDT, «Das Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl nichtstaatlichen Rechts und das Unionsgrundrecht der Privatautonomie», *Rebels Zeitschrift für ausländisches und int. Privatrecht*, 2018, pp. 654 ss.

⁵² Tribunal Fédéral, 20 décembre 2005, ATF, 132 III 285, spéc. pp. 288-289. L'arrêt estime que les règlements établis par des organisations privées sont par principe subordonnés aux lois étatiques et ne peuvent être pris en considération que dans la

l'ordre juridique étatique suisse (théoriquement, la FIFA pourrait être d'un avis contraire et essayer d'imposer son point de vue dans le monde du sport⁵³), mais elle est une prise de position claire.

Un autre modèle, plus libéral que le modèle du règlement Rome I ou de la LDIP suisse – mais pas pour autant un modèle ultralibéral – est fourni par les Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, approuvés par la Conférence de La Haye le 19 mars 2015. Ces Principes admettent, à côté du choix d'une loi (étatique: art. 2 des Principes), le choix de «règles de droit» (art. 3) qui ne sont pas d'origine étatique. Cependant les Principes insistent sur la neutralité et le caractère équilibré de ces règles si elles sont choisies, et puisqu'ils en font une condition de la possibilité même du choix des règles privées, ils soumettent la question en définitive à l'appréciation des tribunaux:

«Les parties peuvent choisir, comme loi applicable au contrat, des règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré, à moins que la loi du for n'en dispose autrement»⁵⁴.

Les commentaires aux Principes précisent que cette condition «devrait exclure le choix d'un ensemble de règles avantageant l'une des parties aux transactions dans un secteur d'activité mondial ou régional particulier»⁵⁵, étant entendu que «la présomption selon laquelle les lois étatiques sont équilibrées n'est pas nécessairement transposable aux "règles de droit"».

mesure où le droit étatique admet une réglementation autonome; et que par conséquent, les règles d'une fédération sportive internationale peuvent seulement être incorporées dans un contrat, soumis aux règles impératives d'un droit étatique.

⁵³ Du moins selon l'arrêt (p. 289), cela ne serait pas le cas, et la FIFA serait d'accord à subordonner sa réglementation au droit étatique. Mais voir la sentence du Tribunal Arbitral du Sport 27 juillet 2018, *Jérôme Valcke c. FIFA*, CAS 2017/A/5003, par. 146-150, selon laquelle (dans le cadre d'une procédure arbitrale) les règles non-nationales de la FIFA prévalent, en cas de conflit, par rapport au droit étatique suisse.

⁵⁴ Cet article a été adopté tel quel comme élément du droit positif au Paraguay: art. 5 de la loi concernant la loi applicable aux contrats internationaux, du 15 janvier 2015: texte in *Encyclopedia of Private International Law* (dir. Basedow *et al.*), Cheltenham, 2017, vol. IV, p. 3611.

⁵⁵ Commentaire n° 3.12 (disponible sur le site de la Conférence de La Haye, www.hcch.net).

Dans leur ensemble, ces éléments tendent à montrer que, si une évolution des solutions actuelles du droit international privé vers des solutions ultralibérales est possible, on n'en est pas encore là. On n'y est pas en matière de relations économiques internationales, et moins encore dans l'autre domaine actuellement concerné par la néolibéralisation du droit international privé, le droit de la famille. En ce qui le concerne, l'adoption d'un modèle similaire au modèle de la *lex mercatoria*, ou de l'«ordre juridique arbitral», n'est peut-être pas inconcevable en théorie. Mais pour se réaliser, elle supposerait bien plus que le pluralisme actuel des modes de vie: une fragmentation de la société en des communautés distinctes – des communautés idéologiques, puisque ce sont elles qui pourraient fournir les modèles familiaux privés qui équivaldraient à la normativité privée telle qu'elle peut exister en matière économique. Théoriquement aussi, les États pourraient accepter l'adoption des modèles de vie familiale offerts par ces communautés et auxquels les citoyens adhéreraient volontairement, par affinité idéologique⁵⁶: communauté catholique traditionnelle, dans laquelle le mariage serait légalement indissoluble, mais aussi communauté de polyamoureux cherchant à officialiser leur mode de vie, communauté de «coparents» ou «partenaires de parentalité», et ainsi de suite. Théoriquement. En réalité, il n'y a pas d'indice que les possibilités de choisir la loi applicable à son statut personnel, dans la mesure où elle est à présent reconnue, pourrait s'étendre à des statuts purement privés de ce type. Les revendications d'application de statuts personnels *religieux* à des ressortissants des États occidentaux (ou de reconnaissance par ces États d'un arbitrage religieux en matière familiale) posent, quant à elles, des problèmes tout différents⁵⁷ et ne relèvent certainement pas de l'esprit de l'ultralibéralisme.

Même dans le domaine économique, la conjoncture n'est actuellement pas très favorable au développement d'un droit international privé entièrement ouvert aux normativités privées. Cette

⁵⁶ C'est en cela que consisterait l'aspect ultralibéral du modèle théorique décrit, qui différencierait donc fondamentalement du modèle des sociétés multiculturelles du Proche-Orient, et tout particulièrement du Liban (un État qui essaie d'organiser la coexistence des différentes communautés, sans donner à l'une d'elles un caractère hégémonique), dans lesquelles l'option de législation en matière familiale existe.

⁵⁷ Ces revendications, qui étaient prises au sérieux au début des années 2000 au Canada et au Royaume Uni, s'y sont en définitive heurtées à des refus au niveau législatif: voir les développements de droit comparé dans la note de SISON, «The Future of Sharia Law in American Arbitration», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2015, pp. 891 ss.

première vision de l'avenir du droit international privé n'est pour l'instant pas concluante. Il n'est pas certain qu'il faille s'en désoler.

5. Une deuxième vision de l'avenir repose au contraire sur *l'hypothèse d'une décélération de la mutation néolibérale du droit international privé*. Cette deuxième hypothèse semble correspondre à une vision plus plausible de l'avenir immédiat du droit international privé. Il s'agit d'une vision de compromis entre libéralisation et conservation, entre autonomie de la volonté individuelle et autorité de la loi. Après tout, le maintien de l'autorité de la loi n'est pas seulement une revendication d'une partie (tout à fait respectable) de la doctrine de droit international privé qui adhère à des solutions qui, naguère, étaient considérées comme évidentes⁵⁸. Il correspond également à une revendication inhérente à l'idée de démocratie, dans les cas où l'utilisation des possibilités offertes par le marché international des produits normatifs permettrait aux individus de contourner des interdits démocratiquement institués. Le libéralisme, y compris le libéralisme des droits fondamentaux, ne doit pas servir à une négation des principes démocratiques – ni, par ailleurs, l'inverse. Une attitude de compromis est appropriée; les tribunaux ne sont tenus ni de coopérer intégralement à la mise en œuvre du programme néolibéral, ni d'y opposer une résistance à outrance. Ils devraient au contraire adopter une attitude faite de ce qui est, d'ordinaire, le propre d'un juge: une attitude faite de délibération, de prudence et de mesure.

On trouve effectivement, dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, des motivations inspirées d'un compromis de ce type. Les arrêts *Labassée c. France* et *Menesson c. France*, à propos de la non-reconnaissance en France de gestations pour autrui effectués aux États-Unis d'Amérique, énoncent ainsi:

⁵⁸ Voir notamment les deux cours généraux de STRUYCKEN, «Co-ordination and Co-operation in Respectful Disagreement», *Recueil des cours*, tome 311, 2004, publié en 2009, et de LEQUETTE, «Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?», *Recueil des cours*, tome 387, 2015, dont les auteurs expliquent en détail les raisons de leur opposition au relativisme du nouveau paradigme du droit international privé (Teun Struycken, n° 33, relève qu'alors même que «legal truth is relative as it is restricted to the community in question», «for each community, there can be only one legal truth, truth is indivisible») et de leur attachement au modèle classique, le modèle de ce qu'Yves Lequette appelle dans son cours, avec une ironie zweigienne, le «monde d'hier».

«La Cour constate que [l'approche restrictive de la jurisprudence française] se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale»⁵⁹.

La solution adoptée par ces deux arrêts n'est pas que la France était tenue de reconnaître, dans leur intégralité, les actes de naissance établis aux États-Unis pour les enfants; en particulier, ils ne critiquent pas le fait que la mère d'intention ne pouvait pas être inscrite à l'état civil français comme mère⁶⁰, mais uniquement la non-reconnaissance de la filiation paternelle des enfants, conforme à la réalité biologique. Ces deux arrêts adoptent une solution de conciliation et de compromis, y compris dans leur motivation qui souligne l'intérêt de la collectivité au respect du «choix effectué démocratiquement en son sein». Ce ne sont pas des arrêts qui font purement et simplement prévaloir le «fait

⁵⁹ Arrêts du 26 avril 2014, n^{os} 65041/11 et 65192/11, par. 63 du premier arrêt et par. 84 du second.

⁶⁰ La Cour de cassation française a saisi (dans le cadre du réexamen de l'affaire *Mennesson*) la Cour européenne des droits de l'homme d'une demande d'avis sur la question de savoir si la France «excède la marge d'appréciation dont [elle] dispose au regard de l'article 8 de la Convention» en refusant de transcrire, dans ces circonstances, une filiation maternelle à l'égard de la mère d'intention sur ses registres de l'état civil, et, dans l'affirmative, si «la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant n'est pas suffisante au regard des exigences de la Convention» (Ass. plén., 5 octobre 2018, n^o 10-19053). En réponse, la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé, dans son avis consultatif du 10 avril 2019, qu'eu égard à la marge d'appréciation dont disposait la France au regard de la Convention, il était effectivement suffisant d'admettre l'adoption de l'enfant par sa mère d'intention. – Parallèlement, la Cour fédérale allemande a déduit de la jurisprudence *Mennesson* et *Labassée* qu'il convenait désormais de ne pas opposer l'ordre public à un jugement californien constatant une double paternité à l'égard d'un enfant (Bundesgerichtshof 10 décembre 2014, BGHZ – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*, vol. 203, p. 350). Et le tribunal fédéral suisse a décidé le contraire (Tribunal fédéral, 21 mai 2015, ATF – *Arrêts du Tribunal fédéral*, 141 III 312; voir aussi Tribunal fédéral, 14 septembre 2015, *ibid.*, 141 III 328).

accompli»⁶¹ sur la légalité nationale. L'arrêt de la Grande Chambre de la Cour dans l'affaire *Paradiso et Campanelli c. Italie*, intervenu dans une situation où (contrairement aux affaires françaises) un lien de filiation génétique n'existait avec aucun des parents d'intention, a même estimé justifiée la séparation de l'enfant de ses parents d'intention sur ordre d'un tribunal italien, en jugeant notamment qu'«accepter de laisser l'enfant avec les requérants, peut-être dans l'optique que ceux-ci deviennent ses parents adoptifs, serait revenu à légaliser la situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien»⁶².

La logique adoptée par la Cour est la même dans les affaires *Orlandi et autres c. Italie*⁶³, dans lesquelles était en cause la non-reconnaissance par les tribunaux italiens de mariages homosexuels célébrés à l'étranger (Pays-Bas, Canada) par des citoyens italiens, qui parfois étaient résidents permanents de l'État étranger où le mariage avait été célébré et parfois étaient des résidents italiens qui avaient profité d'un voyage à l'étranger pour y faire célébrer un mariage dont ils ne pouvaient vraisemblablement pas ignorer le caractère fragile au regard de l'ordre juridique italien. La Cour a condamné l'Italie, mais pour la même raison qu'elle avait retenue dans une autre affaire de mariage entre personnes du même sexe, purement interne à l'ordre juridique italien⁶⁴: c'est en refusant toute forme de reconnaissance juridique aux couples du même sexe que l'Italie avait violé le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de la Convention. L'arrêt dans les affaires *Orlandi et autres* n'oblige pas l'Italie à reconnaître les mariages homosexuels en tant que tels, même s'ils ont été célébrés dans l'État de la résidence permanente de certains des requérants. Là encore, la Cour rappelle que

«there is also a State's legitimate interest in ensuring that its legislative prerogatives are respected and therefore that the choices of democratically elected governments do not go circumvented»⁶⁵.

⁶¹ LEQUETTE, «De la "proximité" au "fait accompli"», *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, Paris, 2015, pp. 481 ss.

⁶² Arrêt du 24 janvier 2017, n° 25358/12, par. 215.

⁶³ Arrêt du 14 décembre 2017, n°s 26431/12, 26742/12, 44057/12 et 60088/12.

⁶⁴ Arrêt du 21 juillet 2017, *Oliari et autres c. Italie*, n°s 18766/11 et 36030/11.

⁶⁵ Par. 207. Encore faut-il observer que malgré les précautions, réelles, prises par la Cour, une opinion dissidente des juges Aleš Pejchal (tchèque) et Krzysztof Wojtyczek (polonais) soulève des problèmes de principe à l'égard de la solution adoptée par la majorité, du point de vue de l'«effective political democracy»:

Même la Cour de justice de l'Union européenne – institutionnellement plus orientée sur la défense des principes du droit de l'Union que sur l'intégration et la liberté de circulation que sur la défense des valeurs propres aux États membres⁶⁶ – fait des efforts pour tenir compte de ces valeurs, du moins en matière familiale. Ainsi elle a admis que des États membres comme l'Autriche et l'Allemagne, qui restreignent pour des raisons politiques (l'idée d'égalité républicaine, depuis la fin de la première guerre mondiale) l'usage de noms à consonance nobiliaire, opposent leur ordre public à de tels noms acquis par leurs citoyens dans un autre État membre, que ce soit en se faisant adopter par un porteur de l'un de ces noms⁶⁷ ou par choix volontaire dans un État dont la loi admet une grande liberté dans le choix du nom⁶⁸.

Confrontée elle-même, dans l'affaire *Coman*, à la question de la non-reconnaissance (en Roumanie) d'un mariage homosexuel célébré en Belgique entre un ressortissant roumain et un ressortissant américain, la Cour a jugé que le droit à la liberté de circulation impliquait l'octroi d'un droit de séjour dérivé à ce ressortissant d'un État tiers. Mais l'arrêt précise que cette obligation de reconnaître le mariage existe «aux seules fins» de l'octroi du droit de séjour dérivé et ne va pas au-delà:

«Elle n'implique pas, pour [l'État roumain], de prévoir, dans son droit national, l'institution du mariage entre personnes de même sexe. Elle est limitée à l'obligation de reconnaître de tels mariages, conclus dans un autre État membre conformément au droit de celui-ci, et cela aux seules fins de l'exercice des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union.

Ainsi, une telle obligation de reconnaissance aux seules fins de l'octroi

«To sum up: in our view the majority have departed from the applicable rules of Convention interpretation and have imposed positive obligations which do not stem from this treaty. Such an adaptation of the Convention comes within the exclusive powers of the High Contracting Parties. We can only agree with the principle: “no social transformation without representation”» (par. 14 de l'opinion dissidente).

⁶⁶ La Cour de justice tient évidemment compte des exigences démocratiques, mais elle est institutionnellement portée à penser de manière privilégiée à l'expression de la démocratie dans le processus législatif européen plutôt qu'au résultat d'un processus législatif sur le plan national, s'il aboutit à créer des obstacles à l'intégration ou à la circulation.

⁶⁷ Arrêt du 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, ECLI:EU:C:2010:806.

⁶⁸ Arrêt du 2 juin 2016, *Bogendorff von Wolffersdorff*, C-438/14, ECLI:EU:C:2016:401.

d'un droit de séjour dérivé à un ressortissant d'un État tiers ne méconnaît pas l'identité nationale ni ne menace l'ordre public de l'État membre concerné»⁶⁹.

Certaines époques, ou certaines conjonctures politiques, se prêtent mieux à des révolutions juridiques que d'autres. La conjoncture actuelle est plus propice à une décélération.

6. La troisième vision de l'avenir du droit international privé est celle du développement d'un *droit international privé populiste ou d'un droit international privé «illibéral»*.

Elle est évidemment très différente de la vision qui précède. Elle ne repose pas sur un compromis entre l'idée de démocratie et celle de libéralisme, mais suppose l'intégration en droit international privé des idées véhiculées par le populisme⁷⁰ ou même par la politique que souhaitent poursuivre les gouvernants des pays dans lesquels un mode de gouvernement inspiré de la «démocratie illibérale» s'est allié avec le conservatisme sociétal et le nationalisme. Leurs idées sont résumées par une déclaration du principal porte-parole du nouvel illibéralisme en Europe:

«Au lieu de “sociétés ouvertes”, les gens veulent des sociétés démocratiques»⁷¹.

⁶⁹ Arrêt du 5 juin 2018, *Coman*, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385, points 45 et 46. Évidemment, la mesure dans laquelle sont en cause «des droits que ces personnes tirent du droit de l'Union» devra être précisée. Selon PATAUT (observations à la *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, pp. 673 ss., spéc. p. 678) «la non-reconnaissance des effets civils d'un mariage pourrait fort bien être qualifiée d'entrave à la libre circulation du citoyen». Le prudent arrêt *Coman* n'a manifestement pas voulu aller aussi loin.

⁷⁰ Le terme «populisme» est ici employé avec la même neutralité que les termes de «néolibéralisme» ou de «conservatisme». Pas plus qu'eux, il ne correspond à une idéologie monolithique.

⁷¹ «Instead of “open societies”, people want democratic societies»: propos (s'attaquant incidemment aux Open Society Foundations de M. George Soros) tenus par le Premier Ministre hongrois Viktor Orbán à Bruxelles en janvier 2017, publiés sur le site du gouvernement hongrois, www.kormany.hu, sous le titre «We shall make Europe great again». Les idées de M. Orbán sur la «démocratie illibérale», qui s'opposerait à la «non-démocratie libérale», sont bien connues; des résumés en sont fournis par ses discours, traduits en plusieurs langues européennes et publiés sur le site du gouvernement hongrois, lors d'universités d'été de Bálványos (en Roumanie), spécialement le discours lors dans le cadre de la 25^e université d'été en 2014, et celui

Si ces mouvements se maintiennent, leurs idées se traduiront tout naturellement en droit, y compris en droit international privé. Le droit de l'immigration sera inévitablement affecté (et, en réalité, il l'est déjà), et ceci d'ailleurs non seulement dans les nouvelles «démocraties illibérales», mais également dans d'autres pays.

Les conséquences sur le droit international privé au sens strict, le droit des conflits de lois et de juridictions, sont en revanche plus incertaines. Il n'est pas impossible que ces branches du droit échappent dans une large mesure à l'emprise de l'esprit de la démocratie illibérale; elles peuvent être jugées trop techniques pour être incluses dans le programme législatif spécifique d'un État qui rejette l'idée d'une «société ouverte»; des lois portant sur l'immigration suffiront dans ce cas.

Le droit hongrois peut servir d'exemple à cet égard. Le parlement hongrois a adopté en 2017 une nouvelle loi codifiant le droit international privé⁷², et ceci apparemment dans un rare consensus des partis politiques représentés au parlement, qui se sont félicités de la qualité du travail accompli par un comité de codification composé d'universitaires, de praticiens et de représentants du ministère de la Justice⁷³. Et effectivement cette loi, de facture technique, ne contient aucune disposition inspirée de l'esprit de l'illibéralisme. En ce qui concerne le statut personnel, elle contient même une dérogation à la règle, pourtant largement suivie en droit comparé, de la primauté absolue de la nationalité du for en cas de pluralité de nationalités; selon son art. 15, par. 3, c'est en principe le droit hongrois qui s'applique au statut personnel d'une personne ayant plusieurs nationalités dont la nationalité hongroise, mais ceci ne vaut qu'«à moins que ses liens avec l'autre nationalité soient plus étroits». Cette solution d'inspiration proximiste est en fait une solution libérale, et certainement pas «illibérale», du conflit de nationalités⁷⁴.

lors de la 29^e université d'été en 2018. Dans ce dernier discours, il estime pouvoir identifier la démocratie illibérale et la «démocratie chrétienne», à laquelle il donne ainsi une signification inédite.

⁷² Texte, traduit en anglais, de la loi du 4 avril 2017 à la *Rabels Zeitschrift für ausländisches und int. Privatrecht*, 2018, pp. 1004 ss.

⁷³ SZABADOS, «The New Hungarian Private International Law Act: New Rules, New Questions», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und int. Privatrecht*, 2018, pp. 972 ss., spéc. p. 973.

⁷⁴ Cf. SZABADOS, *op. cit.*, pp. 986-987, sur l'interaction entre cette règle et les lois sur la nationalité hongroise qui facilitent, dans un but politique, l'acquisition de la

Néanmoins il est invraisemblable qu'un État prenne un tournant illibéral sans que cette orientation ait un effet quelconque sur son droit des conflits de lois. On peut partir de l'idée que c'est la conception concrète de l'ordre public qui sera affectée: l'ordre public est, même dans le cadre d'un droit international privé conforme au modèle classique, perméable par nature au changement politique. Cette évolution de l'ordre public est d'autant plus plausible qu'on peut constater, non pas dans l'Europe du groupe de Visegrád, mais dans les États les plus libéraux de l'Europe occidentale, des exemples d'évolution de la législation en matière d'ordre public. Des dispositions législatives ont été récemment adoptées en Allemagne ou en Suède, sous l'impression d'une immigration perçue par l'opinion publique comme une «migration de masse»⁷⁵ en provenance de pays à majorité musulmane. Ces dispositions prévoient désormais de manière absolue, et sans les précautions traditionnelles de l'ordre public de proximité, l'interdiction de la reconnaissance de mariages de mineurs célébrés à l'étranger⁷⁶; et l'introduction en droit international privé allemand d'une disposition de «lutte contre la polygamie» a été proposée, dans le même esprit, par le gouvernement bavarois⁷⁷.

nationalité aux membres de la diaspora hongroise résidant à l'étranger (en particulier en Roumanie et en Slovaquie): certes, le maintien du rattachement du statut personnel à la loi nationale permet théoriquement de compléter la politique d'«intégration» de ces personnes à la Hongrie, mais en vertu de l'art. 15, par. 3, de la loi, leur statut personnel sera quand même, dans la plupart des cas, la loi de l'État de leur résidence et non la loi hongroise.

⁷⁵ Cf. WELLER, «Das Personalstatut in Zeiten der Massenmigration», *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Migrationsbewegungen*, 2018, pp. 247 ss.

⁷⁶ Loi allemande du 17 juillet 2017 sur la lutte contre les «mariages d'enfants», qui répute même inexistantes les mariages conclus avant l'âge de 16 ans: voir KOHLER, «La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé», *Revue critique de droit int. privé*, 2018, pp. 51 ss.; voir également l'article, plus indulgent à l'égard de la loi, de WELLER *et al.*, «Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen – eine kritische Würdigung», *FamRZ - Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2018, pp. 1289. La Cour fédérale allemande, exprimant des doutes sur la constitutionnalité du dispositif législatif, en a saisi le Tribunal constitutionnel fédéral: Bundesgerichtshof, 14 novembre 2018, XII ZB 292/16. – Loi suédoise (2018:1973) du 29 novembre 2018, portant modification de la loi (1904:26) sur certaines relations internationales de mariage et de tutelle.

⁷⁷ Cette disposition invaliderait systématiquement un deuxième mariage célébré à l'étranger avant la dissolution du premier, dès lors que les époux étrangers – dont le statut personnel n'est pas régi par la loi allemande – sont habituellement résidents en

Ailleurs, et en particulier dans des États fédérés aux États-Unis d'Amérique, des lois relevant de la xénophobie juridique ont été proposées et en partie adoptées⁷⁸. Ainsi, un amendement à la Constitution de l'Oklahoma, le «Save Our State Amendment», a été approuvé par référendum en 2010; selon ce texte, les tribunaux de l'Oklahoma peuvent appliquer le droit fédéral américain, le droit de l'Oklahoma,

«and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law».

Cet amendement constitutionnel (qui était dirigé, comme on le voit, non seulement contre les règles de la charia, mais encore contre les règles du droit international, qui ne sont pas supposées ternir la pureté du droit de l'Oklahoma) a été suspendu par un arrêt de la Cour d'appel fédérale pour le 10^e Circuit, qui a retenu qu'il comportait une discrimination religieuse, contraire à la Constitution fédérale⁷⁹.

Une autre proposition de loi, remarquable par son existence même, tendait à interdire aux tribunaux de l'Arizona d'appliquer une *religious sectarian law*⁸⁰ ou de s'en inspirer dans leur jurisprudence, en étendant cette prohibition aux lois d'un État étranger ou d'un «foreign body», défini comme incluant les Nations Unies, l'Union européenne ou leurs émanations, «un pouvoir judiciaire international», le Fonds monétaire

Allemagne: *Bundesratsdrucksache* 249/18. Voir JAYME, «Kritische Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung der Mehrehe», *IPRax*, 2018, pp. 473 ss.

⁷⁸ Voir FELLMETH, «U.S. State Legislation to Limit Use of International and Foreign Law», *American Journal of Int. Law*, 2012, pp. 107 ss.

⁷⁹ *Awad v. Ziriax*, 670 F.3d 1111 (10th Cir. 2012); la suspension a été transformée en interdiction permanente par le jugement *Awad v. Ziriax*, 966 F.Supp.2d 1198 (W.D. Okl. 2013).

⁸⁰ Projet de l'*Arizona Foreign Decisions Act*, introduit devant la chambre des représentants de l'Arizona en 2011 sous le numéro HB 2582. La notion de «religious sectarian law» était définie comme suit dans le projet (point F.3): «“religious sectarian law” means any statute, tenet or body of law evolving within and binding a specific religious sect or tribe. Religious sectarian law includes sharia law, canon law, halacha and karma but does not include any law of the United States or the individual states based on Anglo-American legal tradition and principles on which the United States was founded».

international, l'Organisation des pays exportateurs de pétrole, la Banque mondiale et l'Internationale socialiste⁸¹ – en somme, une liste particulièrement impressionnante de pouvoirs normatifs réels ou supposés, et réputés antiaméricains.

Cette proposition n'a pas été adoptée, mais l'Arizona est néanmoins parmi les États fédérés à avoir adopté, par voie législative, des mesures restrictives quant à l'application d'un droit étranger⁸². La plupart de ces législations se bornent à interdire l'application d'un droit étranger qui déroge aux droits fondamentaux garantis par la Constitution des États-Unis ou par la Constitution de l'État fédéré en question, ce qui ne peut être considéré comme intrinsèquement anormal. D'autres en revanche font suffire le «conflit» entre le droit étranger et le droit américain (fédéral ou de l'État fédéré) pour évincer le droit étranger⁸³. D'autres enfin font preuve de plus de fantaisie, telles la loi du Dakota du Sud qui interdit aux tribunaux et aux autorités administratives d'appliquer les «dispositions d'un code religieux»⁸⁴, ou la Constitution de l'Alabama, qui contient depuis 2013 un amendement appelé «the American and Alabama Laws for Alabama Courts Amendment». Aux termes de cet amendement constitutionnel,

«Alabama has a favorable business climate and has attracted many international businesses. While Alabama businesspersons and companies may decide to use foreign law in foreign courts, the public policy of Alabama is to prohibit anyone from requiring Alabama courts to apply and enforce foreign laws»⁸⁵.

⁸¹ Point F.1.

⁸² Voir, sur le site de la National Conference of State Legislatures, www.ncsl.org, la page intitulée «State Resources on the Prohibition of the Use of Foreign or Religious Law in State courts». Des mesures de ce type ont été adoptées par les États de l'Alabama, de l'Arizona, de l'Arkansas, de la Caroline du Nord, du Dakota du Sud, du Kansas, de la Louisiane, du Mississippi, de l'Oklahoma, du Tennessee et de Washington.

⁸³ Tel est le cas, par exemple, de la loi de l'Arizona, *Arizona Revised Statutes*, section 12-3101.

⁸⁴ *South Dakota Codified Laws*, section 19-8-7.

⁸⁵ Art. I, section 13.50, (b) (6); voir aussi le point (g), conformément auquel «no Alabama court shall be required by any contract or other obligation entered into by a person or entity to apply or enforce any foreign law». L'amendement n'est pas exempt de redondances ou même d'incohérences; une autre disposition du même article, le point (c), semble n'interdire l'application du droit étranger que si «doing so would

Les lois ainsi adoptées aux États-Unis se caractérisent par une atmosphère, qu'il est difficile de ne pas juger malsaine, de panique morale à l'égard du droit étranger. Elles s'éloignent considérablement d'un droit international privé non seulement de la «société ouverte», mais même d'un droit international privé tout court et qui mérite ce nom.

7. Ces trois visions de l'avenir du droit international privé s'excluent mutuellement. Et personne ne sait laquelle l'emportera.

violates any state law or a right guaranteed by the Constitution of this state or of the United States». Mais que signifie la notion de «violation du droit de l'État»?