



HAL
open science

Pluralisme juridique et droit international privé

Élise Ralser

► **To cite this version:**

Élise Ralser. Pluralisme juridique et droit international privé. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2003, 4, pp.2547-2576. hal-01770427

HAL Id: hal-01770427

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01770427>

Submitted on 15 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Pluralisme juridique et droit international privé (*)

Elles [les lois] doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre.

(Montesquieu, De l'esprit des lois, I, 3).

Pluralisme

Pluralisme signifie pluriel. Rien n'est unique, rien n'est absolu ; « les êtres qui composent le monde sont multiples »¹. Chaque chose, chaque être est particulier, même au sein d'un groupe organisé. Le pluralisme, c'est aussi une vue de l'esprit : au contraire de la pensée totalitaire, qui annihile l'individu, la pensée pluraliste admet l'existence d'opinions politiques et religieuses, de comportements culturels et sociaux *différents*. L'expression fait ainsi référence à la diversité, la différence, la multiplicité, les particularismes, la prise en compte des identités... Le pluralisme semble d'ailleurs souvent inséparable de l'idée d'identité. L'expression s'oppose *a priori* à l'unification, à la mondialisation ; elle oppose le spécial au général.

Pluralisme juridique

À côté de cette présentation générale, le pluralisme peut revêtir plusieurs sens et être appliqué dans diverses disciplines. On parle en effet souvent de pluralisme « culturel », « social », « religieux », « politique », etc., ces domaines comportant eux-mêmes des sous-ensembles, tel que le pluralisme linguistique, qui n'est qu'un aspect du pluralisme culturel.

Le mot pluralisme est donc très souvent associé à un autre. Mais la prise en compte effective de la diversité en général réside dans la notion de pluralisme *juridique*, la permission de la diversité provenant nécessairement d'en haut, de ceux qui ont le pouvoir d'organiser la société. Pas de société sans droit ; la maxime est suffisamment connue... C'est donc ce pluralisme juridique qu'il s'agit de définir avec soin.

Cette tâche n'est pas nécessairement aisée, car le pluralisme juridique peut être défini de différentes manières. On peut cependant, dans toutes ces acceptions, relever des traits communs, des caractères significatifs. Le pluralisme étant la marque de la prise en compte de la diversité, il implique, comme nous le verrons, un partage et une répartition entre les éléments en présence. Mais présentons tout d'abord les différentes définitions proposées. Trois versions semblent se dégager.

Dans un premier sens, assez général, le pluralisme juridique tiendrait à la multiplicité de « systèmes » juridiques² ou de « mécanismes » juridiques³ relevant d'ordonnements

* Le thème de cette étude a fait également l'objet d'une contribution pour les actes du colloque *Convergences juridiques et aménagement durable à Mayotte*, organisé les 14, 15 et 16 septembre 2002 à Mamoudzou, à l'occasion du 25^e anniversaire du Conseil général de Mayotte.

¹ Le mot désigne la « doctrine selon laquelle les êtres qui composent le monde sont multiples, individuels, indépendants, et ne doivent pas être considérés comme de simples modes ou phénomènes d'une réalité unique et absolue ». Voir : Lalande (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., Quadrige, 2002 ; Morfaux (L.-M.), *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Armand Colin, 1980.

² « Courant doctrinal insistant sur le fait qu'à la pluralité des groupes sociaux correspondent des systèmes juridiques

différents, correspondant à la pluralité des groupes sociaux, et qui seraient susceptibles de s'appliquer à des situations identiques. Mais alors que, pour certains, les ordonnancements juridiques sont hiérarchisés par la société dominante⁴, pour d'autres⁵ ils ne le sont pas nécessairement, la hiérarchie étant seulement établie au cas par cas par les choix effectués par l'individu. Notons que cette discussion sur l'existence ou non d'une hiérarchie conduit parfois à nier l'existence d'un pluralisme juridique : il n'y aurait que de l'infra-juridique là où certains voient de véritables systèmes juridiques⁶. Mais la controverse provient sans doute de la difficulté qu'il y a à définir le droit et à unifier la notion⁷. Nous nous en tiendrons, pour notre part, à une notion large du juridique, et il semble également plus réaliste d'accepter l'existence du pluralisme juridique⁸. Pour retenir une version qui peut paraître simpliste, nous dirons que le pluralisme juridique, c'est la prise en compte, quelle que soit sa source, de la diversité des droits, desquels relèvent des groupes différents.

Ensuite, dans un second sens sur lequel nous ne nous attarderons pas, le pluralisme juridique peut faire référence à l'organisation fédérale d'un Etat, qui implique un partage des compétences entre un Etat national fédéral et les entités fédérées⁹.

Enfin, selon une troisième acception, le pluralisme juridique c'est le pluralisme du droit international privé. Le droit international privé, nous y reviendrons, est construit sur l'idée que, d'une part, chaque Etat a son propre système de droit privé matériel et que, d'autre part, tous les Etats sont égaux entre eux. Ne se poserait donc pas la question de la hiérarchie. Les lois, toutes les lois, ont un titre *égal* à s'appliquer.

Cette dernière manifestation (plutôt que définition) du pluralisme juridique nous conduit naturellement à préciser ce qu'est le droit international privé.

multiples agencés suivant des rapports de collaboration, coexistence, compétition ou négation » : Rouland (N.), *L'anthropologie juridique*, PUF, *Que sais-je ?* n°2528, 2^e éd., 1995, p. 39.

³ Vanderlinden (J), « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », *RRJ*, 1993, p. 573.

⁴ Rouland (N.), « Le pluralisme juridique en anthropologie », *RRJ*, 1993, p. 567.

⁵ Vanderlinden (J), *op. cit.*, note 3.

⁶ Carbonnier (J.), *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978. Il ne pourrait y avoir de mécanismes relevant d'ordonnancements différents que sous forme hiérarchisée ; il y aurait un ordonnancement de référence, nécessairement supérieur.

⁷ *Définir le droit*, Droits, n°10 (1989) et 11 (1990).

⁸ La pluralité des droits dans le temps et l'espace est un fait incontournable : Sériaux (A.), « Pluralisme juridique et droit naturel », *RRJ*, 1993, 585.

⁹ Rigaux (F.), « La réception des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international », *RRJ* 1993, 591.

Droit international privé

La définition la plus courte, la moins technique et certainement la plus parlante est celle qui a été donnée par Francescakis, dans un cours donné à l'Académie de droit international de La Haye : le droit international privé, c'est le « droit de la diversité du droit », c'est un « instrument de rapprochement des peuples et des cultures »¹⁰. Le droit international privé, en effet, *trouve sa raison d'être dans la diversité des lois* des Etats, ainsi que dans la nécessité de trouver les solutions justes dans la communauté internationale¹¹.

Le mariage entre « pluralisme juridique et droit international privé » est donc une union consommée depuis toujours. L'étude du thème « pluralisme juridique » par les anthropologues, ethnologues, sociologues, est une chose beaucoup plus récente, mais on croit bien souvent que le bénéfice de sa découverte leur revient¹². Or, traiter de pluralisme juridique quand on parle de droit international privé va de soi... au point de n'employer l'expression que rarement. Cependant, le droit international privé est affaire de spécialistes, relativement peu nombreux, la matière étant réputée pour sa difficulté. Les concepts gagnent aussi à être modernisés. C'est pourquoi une mise au point sur les rapports entre pluralisme juridique et droit international privé est tout à fait justifiée. L'expression même de « droit international privé », au-delà de la définition que nous venons d'en donner, mérite quelques explications.

La matière relève du droit privé car elle traite du statut civil des individus (personnes physiques ou morales) et les rapports qu'elles nouent entre elles (contrats, famille, etc.)¹³. Mais elle se distingue du droit privé « ordinaire » en ce qu'elle est née de la division du monde en Etats souverains.

En effet, l'étude du droit interne suppose que notre pays est le seul pays au monde et que le système qu'il a élaboré est le seul possible. On raisonne comme s'il n'en existait pas d'autre. On peut, d'ailleurs, voir dans cette présentation un certain égocentrisme de chaque système juridique. Et, de fait, dans la pratique, on aura tendance à croire le droit français applicable du seul fait que le rapport juridique s'est constitué en France ou du fait de la nationalité française des protagonistes.

Or, si le monde est effectivement divisé en territoires distincts relevant de souverainetés différentes, il n'en reste pas moins que les personnes privées traversent ces frontières, se lient ou font commerce avec les personnes installées de « l'autre côté », s'installent peut-être elles-mêmes dans ce pays, etc. Il ne peut en être autrement. Qu'il soit curieux, cherche son profit, ou la fuite, l'Homme est fait pour rencontrer les autres membres de son espèce, partout dans le monde.

Ainsi, le droit international privé prend en considération les relations *internationales* entre individus et il tient compte de la *pluralité* des lois internes ayant vocation à régir une situation, c'est-à-dire de la *diversité* des systèmes juridiques en présence. Si un Français conclut à Madagascar un contrat avec un Comorien, pourquoi le droit français serait-il le seul apte à régir les relations découlant de ce contrat ?

¹⁰ Francescakis (Ph.), « Problèmes de droit international privé de l'Afrique noire indépendante », *R.C.A.D.I.* 1964, vol. 112, p. 269, n°90.

¹¹ Jayme (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *R.C.A.D.I.* 1995, vol. 251, p. 39.

¹² Rouland (N.), *op. cit.*, note 4, spéc. p. 568, à propos des « histoires du pluralisme juridique » et situant les premières études du thème au tout début du XX^e siècle.

¹³ Audit (B.), *Droit international privé*, Paris, Economica, 3^e éd., 2000, n°1 et s.

L'une des grandes préoccupations du droit international privé (son objet) est donc de rendre compte des rapports entre différents ordres juridiques. Alors que les comparatistes tentent d'œuvrer à l'unification du droit¹⁴, les spécialistes de droit international privé recherchent la *coordination* des lois en conflit et l'*harmonie internationale* des solutions. Le droit international privé s'efforce de respecter et d'ordonner la diversité des lois nationales¹⁵.

Les conflits de lois naissent du fait qu'une question de droit présente des liens avec plusieurs Etats ou, plus généralement, plusieurs systèmes juridiques. Ils sont résolus par la soumission de la question de droit à la loi d'un des Etats avec lequel elle présente des liens, au moyen de ce que l'on appelle une règle de conflit, grâce à laquelle on effectuera un choix entre les différentes lois ayant vocation à s'appliquer.

Si, par exemple, des Français se marient en Afrique du Sud et que l'on veut savoir quelle loi régira la forme de la célébration de ce mariage, la question présente des liens, tant avec la loi française qu'avec la loi sud-africaine. La question est résolue, en droit français, en la faisant régir par la loi du lieu de célébration de l'union, c'est-à-dire ici le droit sud-africain.

La diversité des lois nationales entraîne ainsi nécessairement des conflits, toutes ne donnant pas fatalement la même solution au litige. L'objet du droit international privé est donc, entre autres, de résoudre ces conflits de législations.

La démarche est assurément originale par rapport à celle qu'adoptent les autres branches du droit interne, public et privé, qui n'envisagent cette pluralité de règles qu'au travers de leurs sources. Celles-ci peuvent, certes, être internationales, mais en aucun cas il ne s'agira de règles empruntées à un système étranger. Il s'agira toujours de dispositions *intégrées* au système français, telles que les règlements communautaires ou les conventions internationales régulièrement signées et ratifiées¹⁶.

Si la démarche du droit international privé est donc indéniablement originale, il reste à déterminer comment est appréhendée la pluralité des règles intéressées à régir un rapport de droit.

* *

*

Le droit international privé, on y reviendra, est avant tout le résultat de la projection du droit interne (ses règles, ses concepts) dans l'ordre international avec, bien entendu, tout ce qu'une projection peut avoir de déformant.

Cette inévitable déformation n'étant pas une tare (bien au contraire, on tient compte de la spécificité de l'ordre international), il convient naturellement de partir du pluralisme juridique

¹⁴ Un projet de « code civil européen » est même en discussion. Ce projet est parfois présenté comme un non-sens, une négation absolue du pluralisme existant. Voir, entre autres, Lequette (Y.), « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, 2202.

¹⁵ Fauvarque-Cosson (B.), « Droit comparé et droit international privé : le confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *R.I.D.C.* 2000, p. 797.

¹⁶ On rappellera à ce titre la supériorité de la norme constitutionnelle : Ass. Plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*, *Bull. civ.*, n°4, p. 7 ; *Gr. arrêts dr. int. privé* n°86 ; Conseil d'Etat, 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, *J.D.I.* 1999, 746 ; *RFDA*, 1998, 1094, comm. D. Alland.

tel qu'on l'entend en droit interne, afin d'étudier de quelle façon cela se répercute en droit international privé.

On partira de l'idée selon laquelle le pluralisme juridique consiste dans la reconnaissance d'une pluralité de groupes sociaux relevant d'ordonnements juridiques différents. Partant de là, le pluralisme juridique recouvre : la pluralité des sources et des méthodes, la multiplication des droits particuliers dérogatoires du droit commun et, enfin, l'appréhension juridique de la pluralité « culturelle » et « identitaire ».

1. La pluralité des sources de droit

Sources du droit interne

Le pluralisme juridique en droit interne, c'est d'abord le pluralisme des sources du droit. La règle de droit peut naître de différentes manières. C'est l'idée que les règles de droit sont multiples et aussi que l'élaboration du droit n'appartient pas à un seul organe, à une seule personne.

Sans s'étendre sur ses manifestations en droit interne¹⁷, on rappellera simplement que nos règles de droit peuvent être soit de source nationale et émaner principalement du Parlement ou du Gouvernement (la loi, le règlement), soit de source internationale et émaner d'instances internationales diverses (l'ONU, le Conseil de l'Europe, etc.) ou des instances de l'Union européenne (produisant les règlements ou directives communautaires). Le tout est ordonné par la Constitution de 1958 (articles 34, 37, 55) et une hiérarchie entre les règles est en principe respectée¹⁸. À cela, il faut ajouter le rôle important joué par la jurisprudence, et ne pas négliger la place occupée par la coutume parmi les sources de droit. En tant que phénomène collectif n'émanant pas de l'Etat, qui sourd spontanément, par un long usage, de la vie du *groupe social*¹⁹, elle participe certainement du pluralisme juridique.

Il faut signaler de plus la singularité dont bénéficient les territoires d'outre-mer. Dans ces territoires, la spécialité législative l'emporte, ce qui signifie que la législation métropolitaine n'y est en principe applicable qu'en vertu d'une disposition expresse et à la suite d'une promulgation par arrêté du chef de territoire. Par ailleurs, depuis la loi constitutionnelle du 20 juillet 1998 et la loi organique du 19 mars 1999, textes votés suite à l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, on admet en Nouvelle-Calédonie l'existence de « lois du pays » émanant d'une autorité législative locale (le *Congrès*). Enfin, la Constitution, récemment révisée, renforce le principe de spécialité législative, en donnant plus de pouvoirs aux assemblées délibérantes locales (article 74, modifié). Il s'agit là d'une manifestation évidente de pluralisme juridique²⁰.

¹⁷ On renverra ici aux différents manuels d'introduction générale au droit.

¹⁸ Puig (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D.Civ.* 2001, 749.

¹⁹ Cornu (G.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, 8^e éd., 1997, 76.

²⁰ Brard (Y.), « Nouvelle-Calédonie et Polynésie française : les lois du pays », *PA*, 6/6/2001, (112), p. 4 ; Le Bihan (V.), « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *AFDI*, 1998, p. 24 ; Le Pourhiet (A.-M.), « Nouvelle-Calédonie : la nouvelle mésaventure du positivisme », *RDP*, 1999, 1005. Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République, *J.O.* 29 mars 2003.

Sources du droit international privé

Le droit international privé, quant à lui, ne se singularise pas *a priori* véritablement par ses sources²¹.

Bien sûr, pour régir les relations privées internationales, on aurait pu envisager une norme internationale uniforme et supérieure aux normes nationales. Cependant, une telle norme constitue une exception et n'est pas sans soulever elle-même des difficultés d'application. Des conventions internationales existent bien, mais celles contenant des dispositions matérielles sont rares²² et sont loin d'être universelles. Chaque Etat, en définitive, régir lui-même, selon ses propres vues, les relations privées internationales dont il a à connaître. C'est pourquoi on dit souvent que le droit international privé est international par son objet, mais national par ses sources.

Le droit international privé peut cependant naître des acteurs de la vie internationale. Cela se rencontre principalement dans le domaine du commerce international. On y rencontre par exemple une *lex mercatoria*, droit spontané composé de règles matérielles non étatiques, destinées à régir les relations entre les opérateurs du seul commerce international²³. On peut y inclure, par exemple certains principes relatifs à la force obligatoire du contrat (*pacta sunt servanda*) ou encore le principe de la bonne foi. On relève également un assez grand nombre de « recommandations » ou principes n'ayant pas de valeur contraignante, mais dont la force d'inspiration est importante. On pense ici aux recommandations de la CNUDCI en matière, par exemple, de commerce électronique²⁴ ou encore aux principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Unidroit est une organisation internationale dont le siège est à Rome, qui a adopté ces principes et les a publiés en 1994. Il s'agit d'une codification élaborée par un groupe d'experts (principalement des professeurs de droit) du droit général des contrats²⁵.

Là encore, le pluralisme juridique se manifeste par une pluralité des « auteurs du droit ».

Notons également, dans le même ordre d'idées, le rôle accru joué par la *jurisprudence* et par la *doctrine*. Très peu de lois ayant, à l'origine, traité des problèmes de droit international privé, le juge a fait ici œuvre prétorienne²⁶. Par ailleurs, la doctrine a peut-être influencé ici plus qu'ailleurs les « fabricants » du droit international privé. C'est elle, en quelque sorte, qui a inventé le droit international privé, comme nous le montre l'histoire de l'évolution de cette

²¹ Sur les sources internationales, voir : Gaudemet-Tallon (H.), « Les sources internationales du droit international privé devant le juge français », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 572.

²² L'instrument qui a eu le plus de succès est certainement la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises ; cependant, elle ne traite pas de tous les aspects de la vente et tous les Etats du monde n'y sont pas parties.

²³ Goldman (B.), « Frontières du droit et 'lex mercatoria' », *Arch. Philo. Dr.*, 1964, 177 ; Lagarde (P.), « Approche critique de la *lex mercatoria* », *Le droit des relations économiques internationales. Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 125 ; Oppetit (B.), « La notion de source du droit et le droit du commerce international », *Arch. Phil. Dr.*, t. 27, 1982, p. 43 ; et in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 53.

²⁴ Il a été adopté une Résolution le 16 décembre 1996 en annexe de laquelle figure la loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et le Guide pour l'incorporation de la loi-type dans le droit interne des Etats.

²⁵ Fauvarque-Cosson (B.), « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *R.I.D.C.* 1998, p. 463 ; Kessedjian (C.), « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes posés par l'Unidroit », *R.C.D.I.P.* 1995, 641 ; Larroumet (Ch.), « La valeur des principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international », *J.C.P.* 1997, I, 4011 ; Huet (J.), « Les contrats commerciaux internationaux et les nouveaux Principes d'Unidroit », *Petites Affiches*, 10 novembre 1995, p. 6.

²⁶ L'article 3 du Code civil a longtemps été le seul texte applicable, avant les réformes des années soixante-dix en matière de divorce et de filiation.

discipline²⁷ ; c'est aussi grâce à elle qu'elle se développe.

Ceci nous conduit à nous interroger sur les *origines* du droit international privé qui sont, elles aussi, multiples.

Origines du droit international privé

D'une certaine façon, on peut dire que le droit international privé est né d'une intuition. Peut-être vague à l'origine, cette idée a germé et s'est développée au point de devenir la branche autonome du droit que nous connaissons aujourd'hui. Le pluralisme juridique en droit international privé, c'est donc aussi une *pluralité d'idées*.

Le droit international privé est né dans une certaine partie du monde : en Europe. Il est né il y a bientôt mille ans : au Moyen Âge. Jusqu'à cette époque, la diversité n'était pas prise en compte²⁸ : dans les mondes grec et romain, on a d'abord longtemps refusé aux étrangers la qualité de sujets de droit ; les conflits de lois ne pouvaient donc guère s'élever. Même s'il y eut, plus tard, quelques assouplissements, le droit romain était unique et applicable dans tout l'Empire.

Par la suite, l'Europe occidentale, à partir du V^e siècle, dut subir les invasions barbares. Mais les populations locales (envahies) continuaient à vivre selon le droit romain, et chaque peuple envahisseur selon sa coutume. La coexistence des droits s'établit selon le principe de la *personnalité* des lois, chacun étant régi par sa coutume. Ce système dura pendant plus de trois siècles pour laisser place, au fur et à mesure que les peuples s'installaient sur un territoire, au système seigneurial, qui était, cette fois, un système de *territorialité* des lois, qui ne laissait pas de place au conflit de lois ; chaque coutume était d'application strictement locale.

Ce n'est qu'au XI^e siècle que l'on commença à s'interroger sur les conflits de coutumes. Plus précisément, la doctrine des conflits de lois est apparue en Italie. D'une part, les cités de l'Italie du Nord étaient chacune régies par une coutume propre (« statuts »). D'autre part, à travers l'Europe, les échanges commerciaux commençaient à se développer. Le déplacement des personnes et des biens fit apparaître le problème du conflit de lois : si deux personnes originaires de deux villes différentes étaient en procès, selon quelle loi fallait-il juger celui-ci ? Le point de départ consista à formuler des distinctions d'où il résultait qu'un statut donné ne devait pas s'appliquer au monde entier : un étranger n'était donc pas nécessairement soumis à la *lex fori*.

À l'intérieur de ce principe, on distingua les règles de procédure et les règles de fond. Cette distinction est fondamentale car elle présuppose que le juge peut appliquer une autre loi que la sienne²⁹.

Née en Italie, la question se posa ensuite en France sous la forme de conflits de coutumes. C'est Charles Dumoulin qui offrit les réflexions les plus remarquées à ce sujet. Raisonnant à

²⁷ Le droit international privé est un « droit savant » qui ne semble révélé qu'à certains initiés : Oppetit (B.), « Le droit international privé, droit savant », *R.C.A.D.I.* 1992, III, vol. 234, p. 335.

²⁸ Pour l'ensemble de la question, voir Audit (B.), *op. cit.*, note 13, n°66 s.

²⁹ On classa alors les statuts selon leur objet et on distingua entre coutumes personnelles (qui pouvaient avoir un effet extra-territorial) et coutumes réelles, distinction qui se retrouvera dans l'article 3 du Code civil, à l'origine unique disposition générale consacrée aux conflits de lois.

partir d'un cas, il s'interrogea sur la qualification à donner à une situation juridique, pour en déduire la loi applicable. Ce fut le précurseur de la règle de conflit moderne.

Puis, face à ces courants personalistes, des doctrines territorialistes firent leur apparition, tandis que le climat politique devenait plus instable. C'est Bertrand d'Argentré, magistrat breton, fervent défenseur de la coutume de Bretagne, qui fut le premier instigateur du mouvement. Pour lui, les coutumes étaient avant tout d'application territoriale ; exceptionnellement, elles étaient personnelles.

Le territorialisme était fortement lié à l'idée d'indépendance politique. C'est pourquoi les thèses territorialistes eurent du succès à l'étranger, notamment aux Pays-Bas, qui se trouvaient alors sous l'emprise espagnole. C'était la première fois que le conflit de lois prenait une dimension internationale. Mais, contrairement à d'Argentré, les Hollandais, qui étaient de grands voyageurs et de grands négociants, firent ici une place aux droits acquis selon une loi étrangère, à condition que cela ne se fasse pas au détriment de la souveraineté locale. La loi étrangère était appliquée *ex comitate*, par courtoisie internationale. Ce n'était pas obligatoire de l'appliquer mais c'était utile ; on supposait qu'il y avait réciprocité. Ces idées eurent du succès en Angleterre, puis aux Etats-Unis, nouveau pays ayant besoin de s'affirmer. Ainsi, le principe territorialiste avait trouvé un fondement dans la notion de souveraineté de l'Etat.

Après ces détours outre-Atlantique, les concepts évoluèrent différemment en Europe.

Tout d'abord, au XIX^e siècle, le sentiment d'appartenance à une nation fait son apparition et l'époque est celle d'une philosophie individualiste et libérale. Le morcellement en différents territoires laisse ainsi place à la Nation, fondement de l'Etat, définie comme une communauté d'individus unis par l'origine, l'histoire, la langue, des traditions communes... Elle détermine le statut civil d'un individu. Les lois sont faites pour un peuple donné, c'est pourquoi on doit appliquer à l'individu sa loi nationale. On fait ensuite de la personne le critère d'application des lois. Ainsi est née la doctrine personaliste, sous l'inspiration de Mancini, homme politique et universitaire³⁰. Le territorialisme laisse sa place, sauf dans certains cas, comme en droit pénal, droit des biens, etc. Cette théorie personaliste a connu un succès international considérable dans toute l'Europe et a notamment inspiré les premières Conventions de La Haye relatives au droit international privé.

Une conciliation originale entre personalisme et territorialisme fut proposée par Antoine Pillet, par le recours à une méthode fonctionnelle. Cet auteur s'interrogea sur le but des lois pour connaître leur champ d'application. Les lois protectrices de l'individu sont par exemple d'application personnelle, tandis que les lois visant l'ordre sont d'application territoriale.

Enfin, il faut citer l'allemand Savigny qui est à l'origine d'une méthode qui allait bientôt devenir quasi universelle. Pour lui, au départ, il existe une communauté de droit entre les différents pays européens qui doit faciliter l'application d'une loi étrangère. Partant d'un rapport de droit donné, il va rechercher quel est le siège de ce rapport de droit, afin de le « localiser » objectivement. Cette localisation fictive est effectuée au moyen d'un « critère de rattachement », censé désigner la loi qui représente les liens les plus étroits avec la situation litigieuse.

³⁰ Il prononce dans la chaire de droit international de l'Université de Turin, une leçon inaugurale intitulée : « De la nationalité comme fondement du droit des gens ».

Universalisme, particularisme et sources du droit

L'influence de Mancini et de Savigny sur la construction du droit international privé fut considérable, sans négliger ni leurs prédécesseurs, ni leurs disciples.

Du point de vue des sources, toutes ces différentes idées à l'origine du droit international privé peuvent se résumer en deux grands courants de pensée. Il s'agit du courant universaliste et du courant particulariste, conduisant *a priori* à des méthodes différentes.

Pour les universalistes, primauté est donnée aux sources internationales. Puisque les problèmes posés ont un caractère international, il convient de leur trouver des solutions de valeur universelle.

Les particularistes au contraire, nient la possibilité d'une unification. Le droit international privé ne serait que la projection des droits internes sur le plan international. Les particularismes de l'ordre interne conduisent nécessairement à des projections différentes.

Ainsi, pour les universalistes³¹, les conflits de lois s'inscrivent dans un droit commun, puisé notamment dans le droit international³². On veut réduire à l'extrême la diversité des droits applicables. Historiquement, cela a conduit à l'émergence des droits nationaux et aux grandes codifications, donnant ainsi une solution radicale au problème de l'éclatement des coutumes sur le territoire. Cela a permis l'unité nationale³³.

Les théories du droit naturel participent du même mouvement : le droit naturel est immuable et universel ; il a vocation à régir tous les peuples de tous lieux et de toutes époques³⁴. On a même parfois évoqué, en droit international privé, l'existence de « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »³⁵. Il existerait entre les Etats une certaine forme de société universelle et c'est grâce à la méthode du droit comparé, notamment, que l'on parviendrait à établir un « fonds commun »³⁶.

A l'opposé de cette doctrine, le particularisme consiste à reconnaître que la source des règles de droit international privé se trouve dans chaque Etat et non dans l'ordre international³⁷. L'universalisme serait une utopie. Il est impossible, et du reste parfois peu souhaitable, d'éradiquer la diversité. Même si, par exemple, les différents textes posant le principe de la protection des droits de l'homme ont vocation à l'universalité, ils ne l'atteignent qu'imparfaitement.

³¹ Mancini, Savigny, Pillet en font partie.

³² Mayer (P.), « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Droits*, 1985, p. 129 ; Delmas-Marty (M.), « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chron., p. 1.

³³ « En 1804, lorsque le législateur entendit favoriser l'unité nationale, il prit soin d'abroger officiellement les « coutumes générales ou locales » par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII » : Molfessis (N.), « La tradition locale et la force de la règle de droit », obs. sous Civ. 2^e, 22 novembre 2001, in *Sources du droit en droit interne*, *R.T.D.Civ.* 2002, 181.

³⁴ Sériaux (A.), « Pluralisme juridique et droit naturel », *RRJ*, 1993, 585 ; Francescakis (Ph.), « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, p. 113.

³⁵ Ch. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *R.C.D.I.P.* 1949, 89, note Batiffol ; *D.* 1948, 357, note P. Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, 1, 21, note Niboyet ; *J.C.P.* 1948, II, 4532, note Vasseur ; *Gr. arrêts dr. int. privé* n°19.

³⁶ Delmas-Marty (M.), *op. cit.*, note 32, citant Saleilles, « Ecole historique et droit naturel », *R.T.D.Civ.* 1902, 80.

³⁷ D'Argentré, Bartin, Niboyet étaient particularistes ; de ce dernier auteur, par exemple, il nous reste un traité de droit international privé français : Niboyet (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938-1949.

Il faut de plus tenir compte du fait que chaque Etat est un Etat souverain et qu'une uniformisation suppose des concessions qu'il n'est pas si facile d'accepter.

C'est pourquoi, pour les particularistes, le droit international privé n'est qu'une projection du droit civil interne sur le plan international. Ils proposent des solutions nationales aux conflits de lois car ils estiment, comme Bartin, qu'il est absolument impossible de supprimer les conflits de lois³⁸. De fait, si l'on parvenait à l'unité, si tous les droits et systèmes juridiques étaient les mêmes, on supprimerait du même coup les conflits de lois et le droit international privé, puisque les disparités sont un présupposé de la matière (il n'y aurait plus d'intérêt à choisir entre telle ou telle loi et chaque juge appliquerait son propre droit).

Entre ces deux grandes théories, est apparue ce que l'on appelé la « troisième école », celle du droit international privé comparé. Elle part du fait de la coexistence des systèmes nationaux de droit international privé pour étudier les possibilités de leur rapprochement³⁹. Des auteurs comme Maury, Lerebours-Pigeonnière, Batiffol ont emprunté cette voie comparatiste. On peut indiquer également la fondation en 1923 de l'Académie de droit international de La Haye dont l'ambition principale reste la diffusion des différents savoirs en matière.

* *

*

La pluralité des sources du droit n'est pas le seul aspect du pluralisme juridique. Cette pluralité entraîne inévitablement des conflits qu'il s'agit de résoudre selon des méthodes qui, elles aussi, peuvent être différentes. Au pluralisme des sources correspond alors un pluralisme des méthodes.

2. Pluralité des droits en conflit & Pluralisme des méthodes

En droit interne, le pluralisme des sources du droit peut, lui aussi, entraîner des conflits. Entre deux normes ayant le même champ d'application, laquelle faudra-t-il faire prévaloir ? Si les deux règles sont de même nature (deux lois, par exemple), on aura recours aux différentes maximes d'interprétation et aux solutions apportées en matière de conflits de lois dans le temps, tandis que si elles sont de nature différente (une loi, un traité international, un décret), on aura recours au principe de la hiérarchie des normes.

Les solutions ne sont toutefois pas si simples et on a parfois remarqué que le pluralisme des sources perturbait le contenu de la hiérarchie des normes⁴⁰. La pyramide des normes chère à Kelsen⁴¹ serait toute relative et ce sont justement certaines méthodes du droit international privé qui attesteraient de cette relativité : tandis que l'article 55 de la Constitution pose le principe de la supériorité des conventions internationales, certains mécanismes du droit

³⁸ Bartin (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *J.D.I.* 1897, 225, 466 et 720 ; également in *Etudes de droit international privé*, 1899, p. 1 et suiv.

³⁹ Batiffol (H.), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1973, II, vol. 139, pp. 75-147.

⁴⁰ Puig (P.), *op. cit.*, note 18, n°10 ; Gannagé (L.), « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes », *R.C.D.I.P.* 2001, p. 1.

⁴¹ Kelsen (H.) *Théorie pure du droit*, LGDJ, Pensée juridique, 1999 ; Paris, Dalloz, 1962.

international privé, comme le recours aux lois de police ou à l'exception d'ordre public, montrent au contraire la primauté donnée parfois à l'ordre interne sur l'ordre international⁴².

Il reste que, en droit interne, le conflit de normes se résout au sein d'un même système juridique. Le problème se pose de façon résolument différente en droit international privé puisque les législations en conflit émanent de deux ou plusieurs *Etats* différents.

Les méthodes classiques du droit international privé

Le droit international privé, cela a déjà été dit, vise la coordination et l'harmonisation des solutions internationales. Pour parvenir à ces solutions, plusieurs moyens sont à disposition. À ce titre, on parle parfois de « pluralisme des méthodes »⁴³. L'exposé de ces méthodes permettra de mieux comprendre la signification du pluralisme juridique en droit international privé.

L'évolution historique des conflits de lois a conduit à deux modes possibles de désignation de la loi applicable à un rapport de droit : le mode unilatéraliste et le mode bilatéraliste.

La méthode de la règle de conflit bilatérale, tout d'abord, part du rapport de droit privé pour déterminer l'élément (facteur, critère) qui désignera le siège du rapport de droit. La règle de conflit définit un rattachement (domicile, nationalité) qui peut conduire soit à l'application de la loi du for, soit à celle d'une loi étrangère.

La méthode est d'inspiration universaliste car Savigny, l'instigateur de la méthode, partait de l'existence d'une communauté juridique issue de la tradition romaine et d'influence chrétienne. Cela devait aboutir à l'harmonie et à la prévisibilité des solutions, chaque Etat étant censé raisonner de la même façon et adopter des règles de conflit semblables. Un divorce prononcé en application du droit français par exemple, devrait être reconnu en Allemagne car le juge allemand aurait désigné la même loi. La règle est également égalitaire car elle est la même pour tous, elle conduit indifféremment à désigner la loi étrangère ou la loi du for.

On a cependant reproché à cette méthode de présupposer que les systèmes juridiques étaient tous identiques. Savigny ne tenait compte, finalement, que des systèmes européens et supposait une inspiration commune. Or, nous savons très bien qu'entre le Nord et le Sud, l'Ouest et l'Est, les divergences peuvent être grandes⁴⁴. Le fossé est encore plus flagrant depuis les années soixante, marquées par une forte immigration venue principalement du nord de l'Afrique⁴⁵. Aucune communauté universelle n'existe.

La méthode est aussi accusée de ne pas être assez respectueuse des souverainetés. Le statut personnel, par exemple, est rattaché en droit français à la nationalité, car on estime que l'individu s'identifie à sa nation, tandis que d'autres systèmes, comme le système anglais ou

⁴² Puig (P.) ; Gannagé (L.), *op. cit.*, note 18, n°36.

⁴³ Batiffol (H.), *op. cit.*, note 39.

⁴⁴ Il a même été récemment souligné, par exemple, que l'Union européenne ne parviendrait quasiment jamais à s'entendre sur la notion de famille, ou bien de façon très artificielle : C. Nourissat et A. Devers, note sous CJCE, 31 mai 2001, *D.* 2001, 3380.

⁴⁵ Déprez (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.* 1988, IV, vol. 211, pp. 9-372. Par ailleurs, on doit constater que les membres de la Conférence de La Haye n'appartiennent plus tous à la communauté juridique de Savigny : Boulanger (F.), « Essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d'Afrique noire », *R.C.D.I.P.* 1982, 647.

danois, rattachent la même catégorie au domicile, le milieu où l'individu évolue. Il en résulte que la règle de conflit française désignera le droit anglais pour régir une question de capacité concernant un Anglais domicilié en France, alors que le droit anglais n'accepte pas de régir la question⁴⁶.

Face à la méthode bilatéraliste, on trouve la règle de conflit unilatérale. Pendant longtemps, les problèmes de droit international privé ont été considérés comme des problèmes de souveraineté, l'important étant de déterminer le champ d'application qu'une loi revendique pour elle-même. Si le rapport de droit litigieux se trouve dans le champ d'application de la loi française, le droit français s'applique. L'article 310 du Code civil dispose par exemple que les règles françaises sur le divorce régissent les époux qui, bien que de nationalité étrangère, ont tous deux leur domicile en France. S'ils ont effectivement leur domicile en France, le droit français s'applique. Mais si l'un habite en France et que l'autre demeure à l'étranger, le rapport n'entre plus dans le champ d'application de la loi française. Dans ce cas, on interroge les droits étrangers en conflit pour savoir si l'un d'eux revendique sa compétence.

La méthode unilatéraliste est plus respectueuse de la souveraineté étrangère, des particularismes de chaque Etat.

Elle se heurte toutefois à certains problèmes de mise en œuvre⁴⁷. Elle est par ailleurs empreinte d'un certain nationalisme. Poussée à l'extrême, elle conduit à la conception de « lois de police », lois dont l'observation est nécessaire et qui excluent l'application de lois étrangères (elles évincent même la règle de conflit), ce qui revient à exacerber un particularisme national au détriment d'une solution pluraliste envisageant la possible application d'une loi étrangère⁴⁸. De plus, la règle de conflit unilatérale est souvent apparentée à une règle territorialiste dans le sens où elle va conduire le juge à appliquer sa propre loi. Ce territorialisme peut bien entendu présenter quelque avantage (le juge a plus de facilité à appliquer sa propre loi, par exemple), mais cela laisse moins de place à la diversité.

C'est sans doute pourquoi on a réservé cette méthode à quelques domaines seulement et principalement pour satisfaire certaines politiques législatives : l'article 310 du Code civil devait notamment permettre aux étrangers vivant en France de divorcer, à l'époque où leur loi nationale interdisait le divorce⁴⁹. Autre exemple : l'article 311-15 du Code civil, en matière de filiation, accorde des effets à la possession d'état selon la loi française lorsque les intéressés ont en France leur résidence habituelle. On ne peut s'empêcher d'y voir là aussi la volonté législative d'étendre au maximum les nouvelles dispositions issues de la loi du 3 janvier 1972 instituant la possession d'état comme mode d'établissement de la filiation. En revanche, si l'article 3 du même Code a conservé sa rédaction initialement unilatérale, son contenu a été « bilatéralisé » très tôt par la jurisprudence⁵⁰. L'état et la capacité des personnes sont

⁴⁶ « L'impasse » trouvera toutefois une issue dans le mécanisme du « renvoi » qui permettra, dans notre exemple, de tenir compte du renvoi, opéré par le droit anglais, vers le droit français du domicile ; c'est alors finalement la loi française du domicile qui sera appliquée. La solution a été posée par la jurisprudence : Req., 22 février 1882 et Ch. civ., 24 juin 1878, *Forgo c./ Administration des domaines*, S. 1882, 1, 393, n. Labbé ; D. 1882, 1, 301 ; *J.D.I.* 1879, 285 ; *Gr. arrêts dr. int. privé* n°7-8.

⁴⁷ Notamment le problème du cumul, deux lois revendiquant leur compétence, ou celui de la lacune, aucune loi étrangère ne voulant s'appliquer.

⁴⁸ Francescakis (Ph.), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *R.C.D.I.P.* 1966, p. 1 ; Mayer (P.), « Les lois de police », *T.C.F.D.I.P.* 1988, pp. 105-120 ; Gothot (P.), « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1971, pp. 209 et 415.

⁴⁹ C'était le cas des droits italien et espagnol jusque dans les années quatre-vingt.

⁵⁰ Cour de Paris, 13 juin 1814, *Busqueta*, S. 1814, 2, 393 ; *Gr. arrêts dr. int. privé* n°1.

désormais régis par la loi nationale de l'intéressé et les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation.

C'est donc en définitive la première méthode (bilatérale) qui a rencontré le plus de succès, celle selon laquelle un rapport de droit est régi par la loi qui a les liens les plus étroits avec celui-ci.

On a pourtant souligné très tôt que cela ne pouvait aboutir à des solutions universelles. En admettant même que chaque Etat ait la même règle de conflit et dispose des mêmes catégories juridiques correspondantes (statut personnel, statut réel, contrats...), il se peut que le classement entre les différentes catégories soit différent, faisant naître ainsi un conflit de qualifications. Le droit musulman, par exemple, classe les successions dans la catégorie du statut personnel, ce que nous ne faisons pas.

Les particularismes finissent toujours par resurgir, même lorsque les Etats s'efforcent d'unifier leurs droits.

On constate par exemple un élan universaliste dans l'adoption, au sein de la Conférence de droit international de La Haye, d'un certain nombre de conventions ayant pour but d'unifier les règles de conflit. Mais on notera l'élaboration difficile de ces conventions. Elles sont souvent le résultat de concessions maladroites (notamment entre les systèmes rattachant la personne à la nationalité et ceux la rattachant au domicile). Toutes les conventions, ensuite, ne sont pas signées ou ratifiées par tous les Etats parties à la Conférence et ce type d'instrument ne résout pas les problèmes de qualification, car il ne donne pas de définition autonome des concepts et on doit aussi compter avec les affres de la traduction.

Il reste que, une fois ratifiées, elles remplacent les règles de conflit existantes et sont d'application universelle.

Elles remplacent le droit international privé existant, mais : les juges ne les appliquent pas toujours, bien qu'elles devraient avoir une autorité supérieure à celle des lois internes ; l'évolution de la jurisprudence en matière d'autorité de la règle de conflit n'oblige finalement le juge à appliquer la loi étrangère désignée que si la matière porte sur des droits indisponibles des parties⁵¹ ; le domaine des conventions est incomplet : les conventions coexistent souvent avec la règle (de conflit) interne ; les conventions réservent l'application d'autres conventions : il en résulte des conflits de conventions souvent inextricables.

Enfin, elles sont « d'application universelle » : cela signifie simplement que la convention s'applique même lorsque le droit désigné par elle n'est pas le droit d'un Etat contractant.

D'inspiration universaliste, la règle de conflit bilatérale n'est donc pas que cela. D'inspiration particulariste, la règle de conflit unilatérale n'est pas que cela non plus.

A l'heure actuelle, il n'y a pas de courant prédominant, mais notre droit international privé est une combinaison entre l'idée de souveraineté, l'idée de proximité, l'autonomie de la volonté, la recherche du but de la loi.

Des deux méthodes, unilatéraliste et bilatéraliste, on retiendra donc les deux, suivant les fondements assignés à la règle et les intérêts en jeu : dans l'intérêt des parties, la loi applicable doit être celle qui a les relations les plus réelles avec leurs intérêts permanents (idée de

⁵¹ Voir *infra*.

proximité ; autonomie de la volonté). L'intérêt de l'Etat est d'assurer l'homogénéité et l'autorité de sa loi (idée de souveraineté ; recherche du but de la loi). Celui de l'ordre international est de parvenir à une harmonie internationale des solutions⁵². Si la règle repose sur l'idée de respect des souverainetés nationales, cela aboutira en principe à adopter une règle de conflit unilatérale, alors que si la règle est fondée sur l'idée de proximité, on adoptera une règle de conflit bilatérale.

Diversification des méthodes

En réalité, il n'existe pas seulement deux méthodes (règle de conflit bilatérale et unilatérale) mais plusieurs, car on s'attache de plus en plus à assigner un but à la règle et il s'agit également de corriger les défauts présentés par les méthodes classiques. La diversification des méthodes va même au-delà de la méthode conflictuelle.

Soit on recherche l'harmonie *internationale* des solutions et on adoptera une règle de conflit de lois ; soit on recherche l'harmonie *substantielle* des solutions et on adoptera en principe une règle matérielle. Cela procède de deux logiques différentes.

Selon la méthode conflictuelle, toutes les lois ont vocation égale à s'appliquer, mais ce principe d'égalité représente une justice de rattachement et non une justice matérielle. En effet, la règle de conflit est caractérisée par son abstraction et sa neutralité. Abstraite, la loi applicable n'est pas désignée au cas par cas : la règle de conflit, au moyen d'un rattachement défini une fois pour toutes, s'appliquera de façon générale à toutes les situations qui entreront dans son champ d'application. Neutre, la règle de conflit n'a pas d'égard au contenu de la loi. La règle est également indirecte : la solution au litige n'est pas donnée directement ; la règle de conflit se contente de désigner la loi substantielle interne qui régira au fond le rapport de droit.

La méthode est critiquée. Elle est trop rigide, les solutions sont données de façon trop mécanique ; le rattachement prévu n'est pas forcément significatif du rapport de droit ; elle est donc trop abstraite ; enfin, sa neutralité peut conduire à un résultat curieux, voire choquant. L'article 311-14 du Code civil, par exemple, prévoit que la filiation est établie en application de la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Cela vaut en principe pour la filiation légitime comme pour la filiation naturelle. Cependant, si la mère, bien que résidant en France, est de nationalité algérienne, cela aboutira à désigner la loi algérienne, d'inspiration musulmane, qui ne connaît de filiation que légitime.

Un certain pluralisme juridique a bien été respecté car, grâce à un rattachement objectif à la nationalité, on a mis à égalité la loi française et une loi étrangère. Mais cette égalité méthodologique conduit à une injustice matérielle. Un enfant peut ne pas voir sa filiation paternelle établie alors que, devant le même juge, son voisin dont la mère est française le pourra.

C'est pourquoi la méthode conflictuelle s'est diversifié d'un côté et que, de l'autre, on a proposé une harmonie substantielle des solutions, par l'adoption de règles matérielles,

⁵² « Le droit international privé est la résultante du délicat équilibre que chaque Etat cherche à établir entre la prise en compte de la spécificité et de la légitimité des relations privées internationales et la nécessaire défense de la cohésion de la société dont il a la charge » : Lequette (Y.), « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. R. Cabrillac, M.-A. Frison-Roche et Th. Revet, Dalloz, 7^e éd., 2001, p. 101, (7.162).

s'appliquant dans l'ordre international.

La tendance actuelle est en effet à l'unification et au rapprochement du droit privé matériel.

On peut donner l'exemple de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, qui ne contient pas de règles de conflit de lois mais des règles substantielles⁵³. Cependant, l'uniformisation est imparfaite ; on aura toujours recours aux méthodes classiques du droit international privé pour désigner la convention ou combler les lacunes du droit uniforme.

On peut également mentionner l'œuvre de l'Union européenne qui élabore des directives communautaires dans les matières les plus diverses, et notamment en matière d'obligations. Cependant, là encore, les commentateurs s'accordent pour dire que cela ne supprime pas la méthode des conflits de lois, le droit communautaire ne s'appliquant que si le droit d'un Etat membre est désigné. Certaines directives contiennent elles-mêmes des règles de conflit de lois⁵⁴. Certains estiment même que plus de droit communautaire appelle plus de droit international privé⁵⁵.

Enfin, le droit international privé actuel est caractérisé par l'importance croissante accordée aux droits de l'homme et aux droits fondamentaux. Ils bouleversent les modes habituels de raisonnement car ils aspirent à l'universalité⁵⁶. Cependant, leur contenu est mal défini et ils sont laissés au bon vouloir des juges. Prenons l'exemple du principe d'égalité entre époux posé à l'article 5 du protocole n°7 additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Cette disposition a parfois été invoquée pour refuser de reconnaître en France des répudiations prononcées à l'étranger ; inversement, récemment, il n'en a pas été fait mention pour au contraire reconnaître une telle répudiation⁵⁷. Certains soulignent même que, loin de rapprocher les systèmes, les droits fondamentaux révèlent au contraire l'ampleur des conflits de civilisations⁵⁸.

Dans un monde pluraliste, l'universalité est donc un leurre et cela ne tient pas seulement à des clivages idéologiques, culturels ou économiques⁵⁹. Des règles d'application universelle sont par nature utopiques. Il faut tenir compte, ne serait-ce que de la diversité géographique : « quel sens aurait la réglementation du travail de nuit dans les régions polaires, l'extension du régime des eaux des Pays-Bas à une contrée désertique, etc. ? »⁶⁰.

⁵³ Audit (B.), *La vente internationale de marchandises. Commentaire de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, 1990 ; Heuzé (V.), *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000.

⁵⁴ Wilderspin (M.) et Lewis (X.), « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres », *R.C.D.I.P.* 2002, 1 et 289.

⁵⁵ Nourissat (C.) et Devers (A.), note sous Cour de Justice des Communautés Européennes, 31 mai 2001, *D.* 2001, 3380 ; Vareilles-Sommières (P)(de), « Un droit privé européen ? », in *Le droit privé européen*, Economica, 1998, p. 136 s.

⁵⁶ Fauvarque-Cosson (B.), *op. cit.*, note 15 ; Jayme (E.), *op. cit.*, note 11, p. 49 ; Rouland (N.), « Note d'anthropologie juridique : l'inscription juridique des identités », *R.T.D.Civ.* 1994, 287.

⁵⁷ Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, *Bull. civ.*, n°192, p. 141 ; *D.* 1995, 263, n. J. Massip ; *D.* 1994, IR, 169 ; *R.C.D.I.P.* 1995, 103, n. J. Déprez ; Civ. 1^{re}, 3 juillet 2001, *Douibi*, *R.C.D.I.P.* 2001, p. 704, n. L. Gannagé ; *D.* 2001, 3378, n. M.-L. Niboyet. Les autres droits fondamentaux invoqués en droit international privé sont : le droit à la vie privée et familiale, le droit au mariage, le principe de non-discrimination, le respect des biens.

⁵⁸ Lequette (Y.), note sous Paris, 14 juin 1994, *R.C.D.I.P.* 1995, 308.

⁵⁹ Fauvarque-Cosson (B.), *op. cit.*, note 15. Des différences existent parfois au sein d'une même communauté juridique ; la loi suisse serait discriminatoire à l'égard de l'épouse en matière de régime matrimonial ; voir Civ., 24 février 1998, *R.C.D.I.P.* 1998, 637.

⁶⁰ Francescakis (Ph.), *op. cit.*, note 10, n°15.

Par ailleurs, le pluralisme juridique reposant sur l'idée d'égalité, quel sens l'universalité a-t-elle sur l'égalité et l'harmonie des solutions ? Certainement aucun. En effet, les règles matérielles, si elles permettent parfois une égalité des solutions, nient la diversité des systèmes juridiques ; elles ne mettent pas toutes les règles sur un même plan. Il en est de même *a fortiori* des lois de police, d'application territoriale. Les règles de conflit unilatérales, quant à elles, sont plus respectueuses de la diversité. Cependant, elles donnent la préférence à la loi du for avant d'interroger les lois étrangères ; l'égalité entre les systèmes n'est donc pas complète.

C'est pourquoi la méthode conflictualiste (de type bilatéral) est certainement préférable car elle est plus respectueuse de la diversité. Bien sûr, si la loi désignée conduit à un résultat véritablement inacceptable pour l'ordre juridique du for, on pourra écarter son application au cas d'espèce, sur le fondement de la contrariété à l'ordre public international, et rien n'interdit, pour justifier cette exception, d'avoir recours à la notion de respect des droits fondamentaux⁶¹. La méthode préserve le relativisme et la tolérance du droit international privé car on a commencé par désigner la loi étrangère, avant de l'écarter ; l'égalité était donc préservée au départ ; est uniquement jugée choquante l'application de la loi au cas concret.

L'égalité va résulter ainsi de l'établissement de règles de conflit bilatérales fondées sur un rattachement uniforme⁶².

Pourtant, la méthode conflictuelle elle-même s'est diversifiée, entraînant du même coup une rupture d'égalité entre les lois en conflit.

Règles de conflit à finalité matérielle

On remarque en effet tout d'abord, que la règle de conflit bilatérale a été parfois manipulée, afin de remédier à sa trop grande abstraction et sa trop grande neutralité⁶³. On a vu apparaître ce que l'on a appelé des règles de conflit « à finalité » ou « coloration » matérielle ou substantielle. On les nomme ainsi car, dans l'élaboration de la règle, le législateur poursuit un certain résultat, tandis que la règle de conflit classique ne se préoccupe pas de la solution au fond.

La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires prévoit par exemple, dans son article 4, que les obligations alimentaires sont régies par la loi interne de l'Etat de la résidence habituelle du créancier d'aliments. La règle est de facture bilatérale classique. Cependant, l'article 5 ajoute que si le créancier ne peut obtenir d'aliments en vertu de cette loi, c'est alors la loi nationale commune qui s'applique ; c'est enfin la loi de l'autorité saisie qui s'applique si l'application des lois précédentes ne donne pas satisfaction. On voit bien, à travers cet exemple, que le but visé par la règle est l'obtention d'aliments par le créancier ; c'est pourquoi on a utilisé plusieurs rattachements au lieu d'un seul habituellement⁶⁴.

Dans ces hypothèses, les lois en conflits ne sont mises sur le même plan qu'en apparence. Ce

⁶¹ Hammje (P.), « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.* 1997, p. 1 ; *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse, Paris I, 1994.

⁶² Gannagé (P.), « Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 431.

⁶³ Loussouarn (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *T.C.F.D.I.P.* 1980-1981, t. II, p. 43.

⁶⁴ On trouve d'autres illustrations de cette méthode finaliste en matière de forme des actes, de filiation, de contrats de travail, de protection du consommateur (en limitant dans ces deux cas le principe d'autonomie de la volonté).

serait un pluralisme juridique de façade. Cependant, lorsque les rattachements prévus sont alternatifs (et non hiérarchisés comme dans l'exemple donné), le rapport étant régi par exemple, soit par la loi de l'un, soit par la loi de l'autre⁶⁵, le pluralisme change peut-être seulement de nature. Il y aurait même augmentation (mathématique) du nombre de lois ayant vocation à s'appliquer. Au lieu de se contenter, par exemple, de la loi personnelle du père, ce qui peut conduire à autant de lois différentes qu'il y a d'Etats reconnus dans le monde, on ajoute la loi personnelle de l'enfant. Il y a pluralisme des rattachements. Les lois en conflit n'ont peut-être plus exactement une vocation égale à s'appliquer (sauf si elles conduisent au même résultat), mais il y a ici un *choix* à opérer, par le juge ou le requérant, et cette possibilité de choix est un autre aspect du pluralisme juridique.

Autorité de la règle de conflit et office du juge

L'autre rupture d'égalité est marquée par les positions adoptées en droit français en matière d'office du juge et d'autorité de la règle de conflit, lorsque celle-ci désigne une loi étrangère. Sans retracer toute l'évolution du droit sur cette question, ni entrer dans les détails de la discussion, on s'en tiendra à un bref résumé (nécessairement réducteur) : sauf les cas où le litige porte sur une matière où les droits litigieux des parties sont indisponibles (comme en matière de filiation), et sauf le cas où l'une des parties le demande expressément, le juge français n'est pas tenu d'appliquer d'office la règle de conflit désignant une loi étrangère⁶⁶. Il en a la possibilité mais non l'obligation.

Bien que très critiquée par la quasi-totalité des auteurs, on avance qu'une telle position est justifiée notamment par la volonté d'éviter les pourvois purement dilatoires, fondés sur la violation de la règle de conflit. L'explication n'est toutefois valable qu'en cas d'équivalence substantielle entre les lois en conflit⁶⁷. Dans les autres cas, la rupture d'égalité est manifeste. La place laissée à la diversité et au pluralisme juridique s'en trouve amoindrie. On résistera toutefois à un pessimisme trop facile en soulignant que la règle de conflit reste obligatoire dans les matières où la diversité des statuts est la plus grande, puisque c'est surtout dans le domaine du statut personnel que les droits sont indisponibles, tandis que les droits sont disponibles dans des domaines où, non seulement les différences substantielles entre les lois sont moins sensibles, mais encore où une place importante est laissée à l'autonomie de la volonté, comme en matière contractuelle.

* *

*

Le pluralisme juridique, c'est la constatation et la prise en compte d'une pluralité d'ordonnements juridiques différents. À cette diversité correspond, en amont, une pluralité de sources et nous avons vu quelles méthodes permettaient de les agencer entre elles.

⁶⁵ Par exemple : « La reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant » (Article 311-17, C. civ.).

⁶⁶ Civ. 1^{re}, 26 mai 1999, (2 arrêts), *J.C.P.* 1999, II, 10192, n. F. Mélin ; *Rép. Deffrénois* 1999, 1261, obs. Massip ; *R.C.D.I.P.* 1997, 707, n. H. Muir Watt ; *Gr. arrêts dr. int. privé* n°74-78 ; *Gaz. Pal.* 2000, n°61 et 62, p. 39, obs. M.-L. Niboyet ; Fauvarque-Cosson (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J., 1996.

⁶⁷ Civ. 1^{re}, 13 avril 1999, *Compagnie royale belge*, *D.* 2000, 268, n. E. Agostini ; *J.D.I.* 2000, 315, n. B. Fauvarque-Cosson ; *R.C.D.I.P.* 1999, 698, n. B. Ancel et H. Muir Watt ; Civ. 1^{re}, 3 avril 2001, *M. X c./ Mme White*, *R.C.D.I.P.* 2001, p. 513, n. H. Muir Watt.

En aval, cette fois, le souci de différenciation a aussi entraîné la multiplication des droits spéciaux, dérogatoires du droit commun, ce que nous allons étudier à présent.

3. La multiplication des droits particuliers dérogatoires du droit commun

L'expression presque surnaturelle que l'on confronte souvent avec le pluralisme juridique, c'est le « droit commun », droit unifié partagé par des peuples différents. Le Code civil a, par le passé, été présenté comme l'aboutissement de cette recherche d'un droit commun. Les principes édictés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 sont clairs : la loi doit être la même pour tous. À la multiplicité des coutumes a ainsi succédé un droit commun, applicable dans tout le territoire français.

Nous savons cependant que le droit actuel a connu une multiplication des statuts particuliers et dérogatoires du droit commun⁶⁸. De façon correspondante, les disciplines juridiques se sont multipliées. L'exemple le plus net est celui du droit des contrats, dont le tronc commun s'amenuise au fur et à mesure qu'apparaissent de nouveaux contrats spéciaux ou de nouveaux groupes sociaux : droit du travail, droit de la consommation, droit des assurances, droit de la concurrence... L'autre exemple est celui de la famille (d'ailleurs, on ne parle plus de *la* famille mais *des* familles, au pluriel), où les options se multiplient : on peut s'unir de plusieurs façons, les filiations sont mises à égalité, on peut divorcer de plusieurs manières, etc.⁶⁹

Qu'en est-il du droit commun et des droits spéciaux en droit international privé ?

Il faut partir, tout d'abord, de la division de la matière en différentes catégories représentant chacune les divisions classiques du droit commun : la personne, la famille, les contrats, la responsabilité civile... Pas de pluralisme, *a priori*, dans cette répartition des rapports juridiques, le classement s'opérant *lege fori* suivant les conceptions du juge saisi⁷⁰. On accepte toutefois de faire entrer dans les catégories du *for* des institutions étrangères inconnues du droit français, grâce à un effort d'adaptation et d'analyse. C'est de cette façon que l'on a rangé la polygamie dans la catégorie « mariage » ou le trust dans celle des contrats⁷¹, pour appliquer à ces cas la règle de conflit correspondante.

Il reste que l'on a assisté ici, comme en droit interne, à un « éclatement » des catégories et à une multiplication des règles de conflit, et pas seulement en droit de la famille⁷². Pour illustrer ce propos, on partira de l'exemple de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Celle-ci est une convention générale, remplaçant

⁶⁸ Rouland (N.), *op. cit.*, note 2, p. 70.

⁶⁹ Carbonnier (J.), « A chacun sa famille, à chacun son droit », *Essais sur les lois*, 2^e éd. ; Rép. du not. Defrénois, 1995, p. 167 et suiv. ; Lemouland (J.-J.), « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, chron. 133.

⁷⁰ Ch. civ., 22 juin 1955, *Caraslanis*, *R.C.D.I.P.* 1955, 723, n. H. Batiffol ; *D.* 1956, 73, n. Chavrier ; *J.D.I.* 1955, 682, n. Siacelli ; *Gr. arrêts dr. int. privé* n°27 ; *J.C.P.* 1956, II, 9328, n. Guiho ; *Journal des juristes Hellènes* 1956, 217, n. Francescakis.

⁷¹ Pour le trust : Cour d'appel de PARIS, 10 janvier 1970, *Courtois*, *Gaz. Pal.* 1970.1.303 ; *R.C.D.I.P.* 1971, 518, n. Droz ; *D.* 1972, 122, note Malaurie ; *J.D.I.* 1973, 207, n. Loussouarn ; *R.C.D.I.P.* 1973, I, chron. Oppetit.

⁷² Lequette (Y.), « Evolution du droit de la famille en droit international privé français », *Trav. Ass. H. Capitant*, 1988, p. 467.

dans les Etats concernés le droit international privé existant en matière d'obligations contractuelles. Elle est entrée en vigueur, en France, le 1^{er} avril 1991. Cet instrument, après avoir posé le principe que la loi du contrat est celle choisie par les parties, prévoit, en l'absence de choix, un rattachement à la loi du lieu de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique du contrat (article 4, al. 1 et 2). Cela vaut en principe pour tout contrat. Cependant, des dispositions spéciales sont prévues pour les contrats individuels de travail, ainsi que pour les contrats conclus par un consommateur (article 5 et 6). Dans certaines conditions qui sont précisées, le choix de la loi par les parties ne peut priver, par exemple, le consommateur de la protection des dispositions impératives édictées par la loi du pays où il a sa résidence habituelle.

On assiste là à un certain paradoxe : la convention a pour ambition d'unifier les règles de conflit en matière contractuelle mais, par le biais du respect de certaines dispositions impératives, on retourne à des spécificités internes auxquelles on donne la priorité.

Par ailleurs, à côté de la Convention de Rome, générale, ont été adoptées un certain nombre de conventions dans des domaines spécifiques : Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits....

Il y a donc ici un éclatement, qui n'est pas obligatoirement conforme aux soucis de bonne justice, de prévisibilité de la règle de droit et de sécurité juridique, qui inspirent habituellement l'élaboration du droit international privé, déjà fort complexe.

Malgré cela, l'existence de règles de conflit particulières n'est pas incompatible ni avec l'idée d'un droit commun ni avec celle de pluralisme juridique : les conventions de Rome et de La Haye harmonisent les règles de conflit entre les Etats contractants. On crée une sorte de « droit international privé commun ». Mais contenant des règles de conflit et non des règles matérielles, ces instruments sont respectueux d'un certain pluralisme dans le sens où toutes les lois ont une vocation égale à s'appliquer, ce qui peut conduire à des résultats différents. Un droit commun n'est donc pas nécessairement un droit unique⁷³.

* *

*

Un droit commun peut ainsi prendre en compte un droit à la différence. Ce droit à la différence repose sur le pluralisme des règles, notamment dans les domaines essentiels où l'identité des personnes doit être préservée. C'est le dernier aspect du pluralisme juridique.

⁷³ Le secrétaire général de l'ONU, B. Boutros-Ghali, imagine un « code à l'usage des peuples et des nations » ou un « manuel d'instruction civique à l'usage de la planète » ; il ne plaide pas pour un droit international unifié, mais pour un droit qui admet le pluralisme : B. Boutros-Ghali, *Le langage du droit*, Grand Larousse annuel, 1994, p. 8, cité par Delmas-Marty (M.), *op. cit.*, note 32.

4. L'appréhension juridique de la pluralité « culturelle » et « identitaire »

Appréhension classique du pluralisme culturel

« Le sentiment d'identité s'apparente au sentiment de rester le même à travers la pluralité des situations de confrontation avec autrui »⁷⁴. En effet, l'identité est ce qui permet de se reconnaître membre d'une communauté, membre d'un groupe, et de se distinguer des autres communautés. Elle fonctionne par différenciation. Dans toute identité est essentielle la dimension culturelle⁷⁵.

Il reste à déterminer comment est juridiquement appréhendée cette dimension culturelle et identitaire.

C'est surtout dans la sphère du droit international public que l'on s'interroge sur le respect des cultures, notamment par la reconnaissance de minorités⁷⁶. Les choses semblent moins évidentes dans la sphère du droit interne. Toutefois, les esprits évoluent et bien que la France soit une République indivisible (article 1^{er} de la Constitution), il semblerait que le droit français soit réellement devenu multiculturel, par la prise en compte juridique de la diversité régionale, de la diversité linguistique, personnelle et religieuse⁷⁷. On en donnera quelques exemples.

La culture locale, régionale, est tout d'abord revendiquée de multiples façons, par le biais des traditions locales.

Le Code civil fait lui-même référence aux usages locaux (art. 590, 593, 691, 1159...). Le Code pénal également : l'article 521-1 dispose que les peines prévues pour maltraitance envers les animaux ne sont pas applicables lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée (tauromachie, combats de coqs...). Le texte admet donc un clivage géographique et tend ainsi vers la prise en considération d'une identité régionale, identité qui doit au sentiment d'appartenance à une communauté. Assurément, c'est reconnaître un pluralisme régional car « la règle vient porter atteinte à l'unité de la règle de droit par morcellement géographique »⁷⁸.

L'identité régionale s'accompagne souvent ensuite d'une identité linguistique. La diversité linguistique a été longtemps refusée. Mais la France a finalement signé la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires signée le 7 mai 1999 et on signalera un décret en date du 31 juillet 2001 portant création d'un conseil académique des langues régionales⁷⁹.

L'identité culturelle est ensuite fortement empreinte de religion.

⁷⁴ Gutmann (D.), *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, n°21.

⁷⁵ Pontier (J.M.), « Les données juridiques de l'identité culturelle », *RDJ* 2000 (5), p. 1271.

⁷⁶ On peut par exemple citer l'article 30 de la convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant. Le texte prévoit le droit de l'enfant de conserver ses racines culturelles : « dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe ».

⁷⁷ Rouland (N.), *op. cit.*, note 2, p. 39 et s. ; « Le droit français devient-il multiculturel ? », *Droit et Société*, 46-2000, p. 519.

⁷⁸ Molfessis (N.), *op. cit.*, note 33. L'auteur souligne aussi que la faveur à une tradition culturelle est à placer dans le constat de la dilution actuelle de l'unité nationale au profit de revendications régionalistes.

⁷⁹ *J.O.* 5 août 2001.

La France est un pays laïque, ce qui permet la diversité religieuse. La liberté de conscience est une liberté protégée et la croyance religieuse est un élément de l'individu, un élément de sa vie privée⁸⁰. La prise en compte de la religion peut même constituer un élément déterminant du consentement, dans la conclusion de certains actes juridiques⁸¹.

Enfin, l'identité culturelle, c'est la diversité selon les personnes, c'est l'appartenance à un peuple.

L'existence de peuples autochtones au sein de la République française connaît certaines difficultés à être admise officiellement⁸². Le droit français cependant reconnaît qu'il peut y avoir des statuts personnels différents, ce que permet l'article 75 de notre Constitution : « Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ». Cela concerne la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie, Mayotte et Wallis-et-Futuna. Il a même été précisé que « l'Etat et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales fondées sur les modes de vie traditionnels »⁸³.

Sans entrer dans les détails, ce qui fait l'objet de nombreuses autres études, on rappellera que le respect des différences, dans l'outre-mer français, s'effectue notamment grâce au principe de spécialité législative et à la possibilité, pour certains, de conserver leur statut personnel. Pour Mayotte, par exemple, une ordonnance du 28 mars 1996 a précisé que le délit de bigamie n'était pas applicable aux Mahorais (qui sont musulmans en très grande majorité)⁸⁴.

L'Etat français est donc bel et bien plurilégislatif. Il existe un pluralisme juridique de facture culturelle.

Qu'en est-il à présent de cette diversité culturelle en droit international privé, qu'elle soit régionale ou personnelle ?

⁸⁰ La révélation de la religion de quelqu'un peut porter atteinte à sa vie privée : Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, *D.* 2002, 248, n. Cyrille Duvert.

⁸¹ Un commerçant avait vendu de la viande « casher » qui en fait n'en était pas. La Cour de cassation a considéré que la qualité casher était une qualité substantielle pour les acheteurs de confession israélite : Crim., 4 mai 1971, *Habib, J.C.P.* 1971, II, 168. Par ailleurs, certaines circonstances de la vie privée d'un employé peuvent justifier son licenciement, alors qu'en principe, l'employeur ne peut tenir compte des convictions religieuses et vie privée de l'employé : Plén., 19 mai 1978, *Dame Roy, D.* 1978, 541.

⁸² Grewe (C.), « L'unité de l'Etat : entre indivisibilité et pluralisme », *R.D.P.*, 1998, 1349 ; Garde (F.), « Les autochtones et la République », *RFDA* 1999, p. 1.

⁸³ Article 33 de la LOOM, loi d'orientation pour l'outre-mer du 13 décembre 2000, *J.O.* 14 décembre 2000, p. 19760.

⁸⁴ L'identité législative est instaurée dans certains domaines (nationalité, état et capacité, etc.) par l'article 3 I de la loi du 11 juillet 2001 relative au statut de Mayotte ; Orasion (A.), « Réflexions générales sur le nouveau statut administratif provisoire de Mayotte » », *RJP*, 2002 (1), p. 46. Par ailleurs, l'ordonnance n°2002-1476 du 19 décembre 2002, modifiant le Code civil, a pour but d'adapter notre droit civil à Mayotte ; *J.O.* 21 décembre 2002, p. 21363 ; Cabrillac (R.) & Seube (J.-B.), « Pitié pour le Code civil. À propos de l'ordonnance n°2002-1476 du 19 décembre 2002 », *D.* 2003, 1058. Notons enfin que la loi n°2003-660 du 21 juillet 2003, loi de programme pour l'outre-mer, vient d'abolir la polygamie et la répudiation pour tous les Mahorais de droit civil local atteignant l'âge requis pour se marier après le 1^{er} janvier 2005 ; *J.O.* 22 juillet 2003, p. 12320, article 68.

Pluralisme culturel et droit international privé

Une remarque préliminaire s'impose, qui n'est d'ailleurs pas tout à fait étrangère à la division des matières en catégories.

Dans tous les domaines (contrats, personnes, famille...), on rencontre un pluralisme des sources, des méthodes et on assiste à une multiplication de droits spéciaux. En revanche, la dimension « culturelle » du pluralisme juridique n'apparaît pas nécessairement dans toutes les branches ; elle est plus ou moins affirmée selon les hypothèses. C'est le cas, notamment, des règles de procédure qui ne s'arrêtent pas à des considérations d'ordre culturel. En droit international privé, les règles de procédure ne relèvent d'ailleurs pas des conflits de lois mais de ce que l'on appelle les conflits de juridictions.

Il y a conflit de juridictions quand un litige, en raison des liens qu'il présente avec plusieurs Etats, pose la question, soit de la compétence des tribunaux de l'un de ces Etats pour en connaître, soit des effets à reconnaître à une décision rendue par un tribunal étranger. Pour résoudre, par exemple, le problème de la validité ou de l'exécution d'un contrat international, doit-on saisir les juridictions du pays où le défendeur a son domicile ou bien les juridictions du pays où le contrat doit s'exécuter ? Une décision rendue à Tananarive par une juridiction malgache sera-t-elle reconnue en France, pour y être exécutée ?

Ces questions sont résolues au moyen de règles dites matérielles, règles internes, propres à chaque Etat, ou règles d'origine conventionnelle. En Europe, l'instrument de base est la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, devenue le Règlement du Conseil du 22 décembre 2000, entré en vigueur le 1^{er} mars 2002, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁸⁵. La méthode conventionnelle a été récemment étendue au domaine de la famille, quoique de façon restreinte, par le Règlement du Conseil du 29 mai 2000, dit Règlement « Bruxelles II »⁸⁶, entré en vigueur le 1^{er} mars 2001.

On parle de règles matérielles, parce qu'elles donnent directement la solution substantielle à la question posée : à la question de savoir si les tribunaux français sont compétents pour connaître d'un litige, la règle française répond par oui ou non et en précise les conditions (ex : le tribunal français est compétent si le plaideur a son domicile en France). La règle de conflit de juridiction n'opère aucune désignation d'un ordre juridique, comme la règle de conflit de lois. Si il est dit que le tribunal du défendeur est compétent, la question de la compétence juridictionnelle est résolue, tandis que si il est dit que la dévolution d'une succession mobilière est régie par la loi du dernier domicile du défunt, on sait que tel droit est désigné mais on ne sait pas encore de quelle façon la succession sera dévolue.

On note que dans le domaine de la compétence des tribunaux, le pluralisme n'est pas de mise ; on recherche, au contraire, une certaine unification, principalement dans un souci pratique : une justice accessible au justiciable, quelle que soit sa nationalité ou son domicile, et une circulation facilitée des jugements, surtout dans l'espace communautaire. Disons plutôt que le pluralisme se manifeste ici par la *reconnaissance* d'une décision rendue à l'étranger, et qui peut conduire à une solution différente de celle qu'aurait rendue un juge français. Il ne s'agit pas d'un pluralisme « culturel ».

Le propos doit toutefois être nuancé :

⁸⁵ Voir Droz (G.) et Gaudemet-Tallon (H.), « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *R.C.D.I.P.* 2001, 601.

⁸⁶ Ancel (B.) et Muir Watt (H.), « La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II » », *R.C.D.I.P.* 2001, 403.

Tout d'abord, le droit international privé français n'a pas toujours nié ce type de pluralisme en matière de conflits de juridictions. On cite souvent l'arrêt *Levinçon*, par lequel, il y a presque cent ans il est vrai, les tribunaux français se sont déclarés incompétents pour divorcer des époux de nationalité russe et de confession juive, la loi russe de leur statut personnel donnant compétence à l'autorité religieuse⁸⁷.

Ensuite, les différents territoires d'outre-mer et la collectivité désormais « départementale » de Mayotte nous offrent aussi des exemples de diversité juridictionnelle, autre que celle résultant du traditionnel dualisme juridictionnel (entre ordre judiciaire et ordre administratif) propre au système juridique français. Cette diversité juridictionnelle prend justement sa source dans un pluralisme d'ordre culturel.

Pour ne prendre que l'exemple de Mayotte, les litiges nés de l'application du droit local sont de la compétence de juridictions spécifiques, organisée originellement par le décret du 1^{er} juin 1939 portant organisation de la justice indigène dans l'archipel des Comores et par la délibération n°64-12 bis du 3 juin 1964 portant réorganisation de la procédure en matière de justice musulmane⁸⁸. Ces tribunaux sont marqués par la présence d'un *cadi*, qui rend les décisions. La loi du 11 juillet 2001, modifiant le statut de Mayotte⁸⁹, prévoit, dans certaines matières, la compétence concurrente du tribunal de première instance et du *cadi* (article 61 de la loi).

On peut bien sûr s'interroger sur le parallèle effectué entre les conflits de juridictions au sens classique du droit international privé et l'organisation particulière de la justice dans certains pays d'outre-mer.

Le droit international privé, nous l'avons dit, part en principe de la division du monde en Etats souverains, tandis que notre cas se présente au sein d'un même ordre juridique.

Dans le conflit de juridictions classique, les règles de compétence s'appliquent à tous les : nationaux, personnes domiciliées en France, cas où un immeuble est situé en France, etc., c'est-à-dire chaque fois que la situation entre dans le champ d'application prévu par la règle française. Dans le conflit « interne » de juridictions, les règles de compétence ne s'appliquent qu'aux personnes de statut civil de droit local n'ayant pas renoncé à ce statut. Ainsi, un musulman non mahorais de nationalité étrangère relève en principe des juridictions de droit commun. Les règles spéciales s'appliquent donc à une catégorie particulière de personnes. L'hypothèse s'apparente à celle des conflits de *lois* « interpersonnels », dont nous reparlerons.

Par ailleurs, dans le conflit international de juridictions, il y a véritablement conflit possible entre deux ou plusieurs juridictions, relevant d'Etats différents, qui se veulent en même temps

⁸⁷ Cass. civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, R.C.D.I.P. 1905, 518 ; D.P., 1905, 1, 353 ; S., 1906, 1, 161 : « La juridiction civile française manque du pouvoir suffisant pour prononcer le divorce entre époux russes appartenant au culte israélite, alors qu'un tel pouvoir est exclusivement réservé par la législation russe à l'autorité compétente du culte juïdique (...). Aux termes de la législation russe, le divorce des israélites, comme leur mariage, est exclusivement régi par la loi religieuse ; il ne peut résulter que d'une décision de l'autorité rabbinique (...). Si les règles de compétence et les formes de procédure déterminées par la loi française sont applicables au cas où les étrangers portent devant les tribunaux français un litige intéressant leur état, ce litige ne peut toutefois être apprécié que d'après la loi nationale des parties ».

⁸⁸ Flori (J.-B.), « La justice musulmane à Mayotte », in *Mayotte*, sous la direction de O. Gohin, Université de la Réunion, LGDJ, 2^e éd., 1996, p. 257 ; Guillaumont (O.), « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte », RJP, 2002 (2), p. 213, spéc. p. 228 ; Sermet (L.), « Regards sur le justice musulmane à Mayotte », *Les autochtones de l'outre-mer français*, Droit et Cultures, 1999/1, p. 185.

⁸⁹ Loi n°2001-616 du 11 juillet 2001, relative à Mayotte, J.O. n°161, 13 juillet 2001, p. 11199; modifiée en partie par la loi n°2003-660 du 21 juillet 2003, loi de programme pour l'outre-mer, J.O. 22juillet 2003, p. 12320.

compétentes : les tribunaux français sont compétents pour trancher les litiges impliquant une personne de nationalité française (articles 14 et 15 du Code civil) ; mais si cette personne de nationalité française est domiciliée à l'étranger, les règles étrangères de compétence peuvent prévoir la compétence territoriale des tribunaux du lieu du domicile. Tout dépend alors de la diligence des plaideurs⁹⁰. Une sorte d'option s'offre à eux.

En revanche, peut-on parler de véritable conflit, dans l'hypothèse de la compétence des « juridictions mahoraises » ? Oui, probablement. Les juridictions cadiales avaient compétence *exclusive* pour juger de l'état des personnes soumises au statut civil particulier⁹¹. Désormais, l'article 61 de la loi du 11 juillet 2001 dispose que : « » « *La juridiction compétente à Mayotte pour connaître des instances auxquelles sont parties des personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte et ayant entre elles des rapports juridiques relatifs à l'état et à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités est, selon la volonté des parties, soit le tribunal de première instance, soit le cadî* ». Là encore, une option s'offre aux plaideurs.

La diversité culturelle peut donc être prise en compte en matière de conflits de juridictions. Il en est de même, surtout, en matière de conflits de lois.

On rappelle que la donnée première du droit international privé est la constatation que les sociétés humaines ne sont pas toutes régies par un même droit⁹². Or, cette diversité existe soit d'un Etat à l'autre, soit à l'intérieur d'un Etat. Il existe des conflits *internationaux* de lois et des conflits *internes* de lois.

Conflits internationaux de lois et pluralisme culturel

Dans ce domaine, on peut tout d'abord constater qu'à l'harmonisation du droit privé s'opposent souvent des obstacles culturels. C'est pourquoi l'unification des règles est plus aisée dans les domaines où les connotations culturelles sont les moins fortes, comme dans la vente internationale de marchandises. Cela dit, le droit communautaire lui-même, dans le nouvel article 128 du Traité, prévoit que « la communauté contribue à l'épanouissement des cultures des Etats membres dans le respect de leur diversité nationale et régionale, tout en mettant en évidence l'héritage culturel commun ». La sphère économique ne néglige donc pas complètement le respect de la diversité⁹³. Il reste que c'est principalement dans les domaines où la personne même ou sa famille est en cause que la référence au culturel apparaît.

⁹⁰ C'est pourquoi il est prévu aussi des solutions en cas de connexité ou de litispendance.

⁹¹ Plus précisément, le décret du 1^{er} juin 1939 dispose que : sont justiciables des tribunaux du cadî « tous les indigènes musulmans originaires de l'archipel des Comores ou d'autres possessions françaises... ainsi que les autres indigènes musulmans qui ne possèdent pas un statut personnel les rendant justiciables des tribunaux de droit commun » ; voir Droz (G.), note sous Civ. 1^{re}, 25 février 1997, *Abdallah*, R.C.D.I.P. 1998, 603 ; Luchaire (F.), « Droit des populations autochtones françaises », *Les autochtones de l'outre-mer français*, Droit et Cultures, 1999/1, p. 141, spéc. p. 143. Mais il reste un doute sur la question de savoir si le statut local s'applique aux Comoriens, qui sont de nationalité étrangère, la règle de conflit en matière de statut personnel désignant cette loi étrangère ; voir Brossier (P.), « L'état civil à Mayotte », in *Mayotte*, sous la direction de O. Gohin, Université de la Réunion, LGDJ, 2^e éd., 1996, p. 275 et s., spéc. n°13.

⁹² Francescakis (Ph.), *op. cit.*, note 10, n°10.

⁹³ C'est sans doute pourquoi préférence est donnée aux règles de conflit de lois plutôt qu'aux règles matérielles pour harmoniser les systèmes juridiques.

Trois caractéristiques montrent l'influence de l'identité culturelle sur le droit international privé⁹⁴.

Il s'agit tout d'abord de la reconnaissance de la nationalité ou de l'appartenance à une communauté ethnique ou religieuse comme critère dont il faut tenir compte. Le droit international privé rattache le statut personnel à la nationalité, mais si cette loi nationale effectue des distinctions selon l'appartenance religieuse, comme c'est le cas dans un Etat multiconfessionnel comme le Liban⁹⁵, le droit français en tient compte. Le droit libanais étant désigné par notre règle de conflit, on interrogera celui-ci pour déterminer le droit religieux applicable.

La démarche est pluraliste. Soumettre l'individu à sa loi nationale en matière de statut personnel, c'est reconnaître son appartenance à une communauté nationale. C'est conférer un effet juridique à l'appartenance de l'individu. Cette appartenance peut être dite culturelle dans la mesure où les normes contenues par la loi nationale traduisent en général une certaine vision du monde, celle du milieu d'origine de l'étranger⁹⁶.

D'un autre côté, le rattachement à la nationalité, si il est respectueux de l'identité culturelle d'origine de l'individu, ne traduit peut-être que difficilement son *sentiment* d'identité. Or, l'individu ne s'identifie pas nécessairement à la communauté d'origine de sa famille, mais peut-être davantage à la communauté, à la société dans laquelle il vit. Un Algérien ayant toujours vécu en France ne se sent peut-être pas appartenir à la communauté algérienne.

C'est pourquoi il faut se garder de conclure trop rapidement et de se satisfaire de l'équation [rattachement à la nationalité = respect de l'identité culturelle]. Le respect de la culture d'origine n'équivaut pas forcément au respect de l'identité de la personne. Tout dépend du degré d'intégration de l'individu⁹⁷.

Le rattachement à la nationalité n'est pas le seul possible, car il ne favorise pas l'intégration de l'individu dans le milieu dans lequel il vit. Il n'est pas toujours souhaitable d'appliquer sa loi nationale à un étranger qui désire s'intégrer et qui est complètement détaché de sa loi d'origine. Il ne comprendrait pas pourquoi la société française lui renvoie l'image d'un individu enfermé dans ses origines, marqué dans sa différence⁹⁸.

Dans ce cas, un rattachement au domicile ou à la résidence habituelle est possible. On peut même prévoir une option de législations, entre la loi nationale et la loi du domicile. Cette possibilité de choix serait encore plus respectueuse de l'identité⁹⁹ et élargirait la notion de pluralisme juridique : la diversité des droits ne découlerait plus seulement d'une diversité des groupes sociaux, mais aussi de la volonté individuelle.

L'influence de l'identité culturelle sur le droit international privé est ensuite parfois directement prise en compte, sans le biais d'un rattachement, par des règles matérielles de

⁹⁴ Jayme (E.), *op. cit.*, note 11, p. 170.

⁹⁵ Gannagé (P.), *op. cit.*, note 62.

⁹⁶ Gutmann (D.), *op. cit.*, note 74, n°446 et s.

⁹⁷ Labrusse (C.), « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *T.C.F.D.I.P.* 1975-1977, p. 111.

⁹⁸ Gutmann (D.), *op. cit.*, note 74, n°474 et s.

⁹⁹ Nous verrons qu'une possibilité de choix existe déjà mais seulement dans certains pays d'outre-mer.

droit international privé. Ces dernières années, on les rencontre surtout en matière d'adoption internationale¹⁰⁰ et c'est d'ailleurs la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale, dans son article 4, qui nous donne une illustration de la méthode utilisée, puisqu'elle prévoit comme condition de l'adoption internationale le contrôle des possibilités de placement de l'enfant dans son Etat d'origine. Une des bases d'une telle règle est la recherche de la sauvegarde de l'identité culturelle de l'enfant.

L'influence de l'identité culturelle sur le droit international privé est enfin marquée par l'apparition de problèmes spéciaux, comme l'usage des langues dans le commerce juridique international ou la protection transfrontalière des biens culturels nationaux, pouvant donner naissance à des règles spéciales.

Tout d'abord, on s'accorde souvent pour affirmer que c'est surtout la langue qui détermine l'identité culturelle d'une personne. Mais, dans le domaine du commerce juridique, il s'agit peut-être moins de culture que d'efficacité. C'est un élément déterminant du consentement que de comprendre et d'être compris. L'article 8, al. 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 prévoit que « pour établir qu'elle n'a pas consenti, une partie peut se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle s'il résulte des circonstances qu'il ne serait pas raisonnable de déterminer l'effet du comportement de cette partie d'après la loi prévue ». Cette disposition peut certainement faire référence à des situations qui résultent du défaut d'une partie de comprendre la langue parlée de son interlocuteur, situation similaire à celle du silence, si l'autre partie est consciente de ce défaut de compréhension de la langue¹⁰¹. On remarquera que la solution déroge à la loi normalement applicable.

Par ailleurs, on protège aussi le consommateur, notamment en matière de « time-sharing » (propriété à temps partagé). La Directive du 26 octobre 1994 dispose que le contrat doit être rédigé dans l'une des langues de l'Etat de résidence ou l'une des langues de l'Etat membre dont l'acquéreur est ressortissant¹⁰². Cette règle est impérative et s'applique quelle que soit la loi applicable au contrat. Il y a donc également dérogation à la loi normalement applicable. Cependant, dans ces exemples, ce n'est pas vraiment l'identité culturelle que l'on cherche à respecter, mais on la prend en compte pour protéger l'une des parties au contrat.

Enfin, la protection du patrimoine culturel national offre un dernier exemple de prise en compte de l'identité culturelle. Tandis que les biens sont habituellement régis par la loi du lieu de leur situation (*lex rei sitae*), ce qui n'est bien sûr pas sans poser problème en cas de déplacement du bien, on affiche ici un certain changement, en préférant à cette loi de situation la « loi d'origine » (qui peut être la loi de l'auteur d'une œuvre ou la loi du lieu où cette œuvre a été créée). La directive du 15 mars 1993 sur la restitution des biens culturels prévoit ce type de rattachement. Une telle solution de conflit est bien motivée par l'idée de la protection de l'identité culturelle.

¹⁰⁰ Civ. 1^{re}, 31 janvier 1990, *Pistre*, *Gr. arrêts dr. int. privé* n°68 ; *R.C.D.I.P.* 1990, 519, n. Poisson-Drocourt ; *J.C.P.* 1991, II, 21635, n. H. Muir-Watt ; *Rép. Défrenois* 1990, 961, obs. Massip.

¹⁰¹ Jayme (E.), *op. cit.*, note 11, p. 191 et s. En matière de procédure, l'utilisation de sa propre langue fait partie des droits de la défense. D'un autre côté, le plurilinguisme est une valeur de l'intégration. Il a par exemple été précisé que l'article 17 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 devait être interprété en ce sens qu'une législation d'un Etat contractant ne saurait faire obstacle à la validité d'une convention attributive de compétence au seul motif que la langue utilisée n'est pas celle prescrite par cette législation : CJCE, 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, *R.C.D.I.P.* 1992, 143, n. HGT ; Recueil 1981, 1671.

¹⁰² *JOCE* n°L280/83, 29 octobre 1994.

Les conflits internationaux de lois prennent ainsi compte de plus en plus de la diversité culturelle. C'est une expression, là aussi, du pluralisme juridique. Il en est de même en présence de conflits internes de lois.

Conflits internes de lois et pluralisme culturel

Les conflits internes de lois sont de deux sortes. Ils mettent en cause : soit des systèmes de droit territorialement délimités (provinces, régions, Etats fédérés), soit des systèmes propres à des groupes sociaux déterminés (tribus, ethnies, fidèles d'une religion). C'est ici qu'apparaissent les particularismes.

Plusieurs expressions sont associées à ces hypothèses. Les deux termes principaux sont les conflits interrégionaux et les conflits interpersonnels de lois, correspondant aux deux grands ensembles. Au sein de ceux-ci on évoque le conflit interprovincial, interfédéral, interconfessionnel.... On a parlé aussi par exemple de conflit de lois « colonial » lorsque, dans une ancienne colonie, étaient en cause le droit métropolitain, d'un côté, et le droit coutumier local, de l'autre. Il est vrai que c'est surtout du temps des colonies que l'on a beaucoup parlé de ces types de conflits de lois en droit international privé français¹⁰³.

Les conflits internes de lois sont *a priori* devenus plus rares. Cependant, les mutations que connaissent actuellement les pays d'outre-mer pourraient remettre la question au goût du jour.

Il peut y avoir, tout d'abord, diversité selon les régions. Il peut surgir un conflit de lois à l'intérieur d'un Etat où sont en vigueur plusieurs systèmes juridiques d'application territoriale. Le cas de la France des coutumes, dans l'Ancien droit, ou celui de l'Alsace-Moselle est un cas de conflit interterritorial. Le droit français fait en effet une place au « droit local » des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle¹⁰⁴. Cela suscite des conflits de lois d'ordre « interprovincial » lorsque les éléments d'un rapport de droit se rattachent concurremment au droit français général et au droit local. La loi du 24 juillet 1921, complétée par celle du 1^{er} juin 1924, a posé des règles en vue de résoudre ces conflits de lois, qui rappellent ceux qui surgissent dans les rapports privés internationaux, mais en différent en ce qu'ils se réalisent à l'intérieur d'une même souveraineté.

¹⁰³ Lampué (P.), « Les conflits de lois interrégionaux et interpersonnels dans le système juridique français (métropolitain et d'outre-mer) », *R.C.D.I.P.* 1954, 249.

¹⁰⁴ Flauss (J.-F.), « Droit local alsacien-mosellan et Constitution », *RDP*, 1992, p. 1625 ; Terré (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2000, n°434 et s. En 1918, L'Alsace et la Moselle retournèrent à la France, mais il s'avéra nécessaire d'aménager une transition pour notamment tenir compte de certaines institutions auxquelles les populations des départements recouverts étaient habituées. La loi du 17 octobre 1919 disposa que la législation allemande demeurerait en vigueur dans ces départements, les lois françaises existant au moment de leur retour à la France ne devenant applicables en Alsace et Moselle que dans la mesure où elles y seraient introduites par décret ou par le Parlement. L'introduction de la législation française fut large et progressive. Un décret du 25 novembre 1919 (ratifié par la loi du 30 décembre 1920) a mis en vigueur les lois françaises à caractère pénal ; deux lois en date du 1^{er} juin 1924 ont respectivement introduit la législation civile et la législation commerciale françaises à partir du 1^{er} janvier 1925.

Certaines matières ont toutefois été exclues de sorte qu'une législation locale différente du droit français est restée en vigueur. Cette législation concerne notamment la publicité des transferts de propriété et constitutions de droits réels par le système du livre foncier, le contrat d'assurance, le statut des associations et des fondations... Cette situation ne devait être que transitoire ; on pensait que des réformes inspirées du droit local modifieraient le droit français, rétablissant ainsi l'unité. Il en a été autrement et, sauf de très rares exceptions, l'unification n'a pas été réalisée lors des réformes du droit français. Une loi du 29 décembre 1990 a cependant supprimé des particularités du droit local notamment en matière de régimes matrimoniaux et d'incapacités ; voir Lotz (F.), « La loi du 29 décembre 1990 portant diverses mesures d'harmonisation entre le droit local alsacien-mosellan et le droit français général », *J.C.P.* 1991, éd. N, I, p. 93 et s.

Un conflit interrégional pourrait aussi surgir entre la loi en vigueur dans la métropole et le statut civil français applicable outre-mer, du fait notamment du principe de spécialité des lois et du fait qu'une loi métropolitaine n'aurait pas été introduite dans le pays ou tardivement¹⁰⁵. On s'interroge, enfin, sur le droit applicable dans certaines îles éparses françaises¹⁰⁶.

Il peut y avoir, ensuite, diversité selon les personnes : deux statuts peuvent coexister dans une même région. Les conflits examinés mettent en présence des systèmes juridiques dont chacun a pour ressort, non pas un espace délimité, mais un groupe de personnes déterminé en fonction d'une qualité propre qui lui appartient. Ces personnes, de plus, ont la même nationalité et sont établies dans un même pays. On parle alors de « droit interpersonnel » et de « conflits interpersonnels »¹⁰⁷. L'existence de ce droit interpersonnel est permise par la Constitution. Cela résulte actuellement de l'article 75 de notre Loi fondamentale.

Une précision est tout d'abord à apporter quant à la notion de statut. On pense bien souvent que cela désigne le statut « personnel ». Or, en droit international privé, l'expression « statut personnel » vise exclusivement l'état et la capacité des personnes, tandis que, appliqué à l'outre-mer, cela peut recouvrir les régimes matrimoniaux, les successions (lorsque le statut relève par exemple de règles d'inspiration musulmane) ou encore le régime des terres. L'expression tend donc en réalité à désigner un statut particulier à une catégorie de personnes. C'est pourquoi il est préférable de parler de statut « civil », et de distinguer entre le statut civil français (ou « de droit commun »), qui est toujours unique, et le statut civil local (ou « particulier »), qui varie selon les pays.

Les conflits de lois interpersonnels n'ont pas disparu avec l'accession des anciennes colonies à l'indépendance. Ils subsistent actuellement dans les territoires d'outre-mer (et la collectivité départementale de Mayotte), et reposent sur les engagements de la France de respecter les coutumes autochtones, comme les coutumes comoriennes et l'Islam à Mayotte¹⁰⁸.

Cela se traduit, en droit international privé, par le respect de l'article 75 de la Constitution. Récemment, la Cour de cassation a eu à en faire l'application pour censurer une décision qui n'avait pas tenu compte du statut civil de droit local des intéressés : « *Aux termes de l'article 75 de la Constitution, les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé. Doit donc être cassée la décision qui a appliqué les règles de droit civil à la détermination de la filiation de français de statut personnel de droit local musulman, sans avoir constaté leur renonciation à*

¹⁰⁵ Lampué (P.), *op. cit.*, note 103. La situation peut entraîner des conséquences singulières : une femme mariée, quittant la métropole pour se rendre à l'étranger conserve sa capacité juridique reconnue par loi de 22 septembre 1942 ; mais si elle va dans un pays d'outre-mer comme la Réunion, sa capacité se trouve ramenée dans les limites antérieures du Code civil : Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 28 juillet 1950, *R.C.D.I.P.* 1951, 300, n. Batiffol. A priori, ces cas ne devraient plus se présenter pour les textes postérieurs à 1946.

¹⁰⁶ Luchaire (F.), *Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer*, Paris, Economica, 1992, p. 141 et suivants : l'île Juan da Nova, située entre Madagascar et la côte est de l'Afrique, était pour la France une dépendance de la Grande Ile, colonie française. Le 2 février 1961, un voyageur anglais en assassina un autre. La Cour de cassation (Crim., 9 février 1961, *D.* 1961, II-3, p. 43 ; *Bull. crim.*, 1961, p. 161 et 162), constatant l'inexistence de toute juridiction, confia l'affaire au juge d'instruction de la Réunion. La cour d'assises appliqua la loi du for, la loi française (arrêt du 27 octobre 1961). Or, si la loi malgache s'appliquait dans les îles éparses avant le 1^{er} avril 1960, il n'est pas si évident que les lois françaises s'appliquent automatiquement après cette date.

¹⁰⁷ Lampué (P.), *op. cit.*, note 103.

¹⁰⁸ Guillaumont (O.), « Statuts personnels et Constitution », *RRJ*, 2001, 1453 et 1549 ; Schultz (P.), « Le statut personnel à Mayotte », *Les autochtones de l'outre-mer français*, Droit et Cultures, 1999/1, p. 95.

leur statut personnel »¹⁰⁹.

L'affaire concernait la succession d'un homme d'origine comorienne, décédé à Mayotte en 1975. Le litige supposait établie la filiation des prétendus héritiers. Or, le droit musulman (droit local) ne connaît de filiation que légitime, ce qui supposait de vérifier la régularité des mariages du *de cuius*, ce que n'avaient pas fait les juges d'appel qui avaient appliqué le droit civil sans constater au préalable si les intéressés avaient renoncé à leur statut de droit local.

L'hypothèse est intéressante car Mayotte est certainement la dernière enclave musulmane française et nous savons que c'est bien souvent entre le droit musulman et le droit français commun que les conflits de civilisations apparaissent les plus aigus.

Par ailleurs, on s'aperçoit que les conflits internes de lois présentent des solutions assurément originales. Dans le conflit de lois classique, les lois ont un titre égal à s'appliquer car elles se rattachent notamment à des souverainetés différentes. De plus, on considère à présent qu'il faut répartir les compétences de manière *objective* : chaque loi régit les relations qui tombent naturellement sous son empire étant donné leur localisation. Cette localisation représente le lien avec un système de droit, lien qui n'est pas nécessairement spatial. On peut localiser par l'objet matériel (bien), par la source (acte, fait juridique), par le sujet du rapport de droit (attributs de la personnalité : nationalité, domicile).

Dans le conflit interne de lois, la nationalité ou le territoire (le domicile) ne sont plus des critères déterminants de rattachement, car les intéressés ont tous la nationalité française et résident sur le territoire français. On ne peut donc transposer purement et simplement les règles de droit international privé¹¹⁰.

Les problèmes sont résolus ici d'une façon tout à fait singulière car c'est en quelque sorte l'article 75 de la Constitution qui constitue la règle de conflit de lois. C'est cette disposition qui effectue la répartition de départ :

« Les citoyens de la République qui n'ont pas le statut civil de droit commun, seul visé à l'article 34, conservent leur statut personnel tant qu'ils n'y ont pas renoncé ».

Ce texte n'est pas une règle matérielle ordinaire car il ne donne pas complètement la solution. Une fois déterminé le statut de l'individu, il faut rechercher les lois locales (coutumes ou « lois du pays ») applicables. La question pourrait se poser devant un tribunal métropolitain, le statut d'une personne la suivant dans ses déplacements. Il s'agit bien de résoudre un conflit de lois, entre droit commun et droit local.

La détermination du statut de l'intéressé constituera la première difficulté. Il ne suffit pas, par exemple, de naître à Mayotte pour relever du statut civil de droit local. C'est en général la filiation qui est déterminante. L'originalité supplémentaire tient à la place laissée à la volonté individuelle ; l'intéressé dispose d'un choix entre le droit commun et le droit local, en renonçant, s'il le souhaite, à son statut personnel d'origine.

Il s'agira ensuite de déterminer le contenu de ce statut civil de droit local et son champ d'application. Pour Mayotte, la règle de conflit est posée dans l'article 59 de la loi du 11 juillet 2001 :

Dans les rapports juridiques entre personnes dont l'une est de statut civil de droit commun et

¹⁰⁹ Civ. 1^{re}, 25 février 1997, *Abdallah*, J.C.P. 1997, IV, 863 ; R.C.D.I.P. 1998, 603, n. G. Droz ; *Droit de la famille*, mai 1998, n°70, obs. Murat ; D. 1997, 463, n. H. Fulchiron ; J.C.P. 1997, II, 22968, n. L.-A. Barrière et Th. Garé.

¹¹⁰ Lampué (P.), *op. cit.*, note 103.

l'autre de statut civil de droit local applicable à Mayotte, le droit commun s'applique.

Dans les rapports juridiques entre personnes relevant du statut civil de droit local applicable à Mayotte, le droit local s'applique lorsque ces rapports sont relatifs à l'état, à la capacité des personnes, aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux libéralités.

Dans les rapports juridiques entre personnes qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire.

Le droit local ne peut donc s'appliquer que dans certaines matières, celles qui, en droit musulman, entrent dans la catégorie « statut personnel ». Il ne s'applique pas lorsque l'une des personnes concernées relève du statut civil de droit commun. Le troisième alinéa de la disposition est en revanche plus difficile à interpréter et laisse relativement perplexe.

Quelles peuvent être, tout d'abord, ces personnes « qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents » ? Si elles ne sont pas de statut civil de droit commun, elles sont *a contrario* de statut civil de droit local. Or, ce statut de droit local est en principe unique et s'inspire du droit musulman et de coutumes afro-malgaches. En revanche, ce droit est commun, semble-t-il, à tout l'archipel des Comores. Toutefois, la distinction entre personnes de statut civil de droit local et personnes de statut civil de droit commun n'est posée par l'article 75 de la Constitution que pour les citoyens de la République. Or, depuis l'indépendance de leur territoire, les Comoriens ne bénéficient plus de cette qualité¹¹¹.

Est-ce à dire que la loi envisage ici le statut personnel non plus au sens de l'article 75 de la Constitution (c'est-à-dire un statut particulier à un groupe de personnes, qui peut comprendre des droits patrimoniaux) mais au sens du droit international privé (c'est-à-dire au sens de catégorie juridique applicable à l'état, à la capacité de l'individu et aux rapports familiaux extrapatrimoniaux) ? Dans cette hypothèse, de la même façon qu'un Algérien et un Tunisien relèvent de statuts personnels différents (car les deux droits sont *différents* sur un certain nombre de points, le droit tunisien interdisant par exemple la polygamie), un Français mahorais n'ayant pas renoncé à son statut personnel et un Comorien, sont bien de statuts personnels différents sans être de statut civil de droit commun.

Dans ce cas, on serait donc en présence, tout simplement, d'un conflit entre la loi française et un droit étranger, conflit qui devrait être tranché en ayant recours aux règles habituelles du droit international privé.

Il est dit pourtant, tout d'abord, que le droit commun s'applique. Doit-on entendre par « droit commun » tout le droit français, règles de conflit de lois incluses, ou seulement ses règles substantielles ? La première solution serait bien sûr préférable. La seconde solution ferait peu de cas de « l'autre statut personnel » en cause ; il n'y aurait pas égalité entre les statuts, français et comorien par exemple.

Il est dit ensuite que les parties peuvent en disposer autrement. Nous ne cacherons pas l'étonnement que suscite cette dernière partie de la disposition législative : les rapports juridiques visés par la loi comprenant entre autres l'état et la capacité des personnes, la loi rend les droits relevant de ces matières tout simplement disponibles ! Or, il a déjà été dit, lorsque la question de l'autorité de la règle de conflit a été abordée, que la catégorie des droits indisponibles était le dernier îlot où le juge était obligé, au besoin d'office, d'appliquer la loi

¹¹¹ La loi vise peut-être aussi l'hypothèse d'un rapport juridique entre un mahorais et un "autochtone" d'un autre territoire d'outre-mer, par exemple de Nouvelle-Calédonie.

étrangère désignée par la règle de conflit, c'est-à-dire d'adopter une solution nécessairement pluraliste. L'option est ici toutefois exercée pour *écarter le droit commun*. La solution reste donc pluraliste. Cela ne la rend pas moins surprenante.

* *

*

Le pluralisme juridique se manifeste de plusieurs façons, la particularité du droit international privé étant de dépasser la diversité existante dans le cadre strictement interne : on permet ici à une loi *étrangère* (qui peut être coutumière, religieuse...) de s'appliquer en France.

Du point de vue de la pluralité des sources, on a vu que les doctrines universalistes étaient *a priori* moins pluralistes que les doctrines particularistes. Cependant, l'affirmation n'est pas en soi exacte car sa vérification dépend beaucoup de la méthode associée à l'instrument.

Les règles de conflit de lois, surtout les règles de conflit bilatérales, sont en effet beaucoup plus respectueuses de la diversité, car égalitaires et conduisant plus souvent à la désignation d'une loi étrangère. Au contraire, les lois de police sont particularistes et freinent la diversité, qu'elles nient en bloc. Les règles matérielles, quant à elles, ont l'avantage de donner directement une solution. Cependant, si l'effort d'élaboration de conventions internationales unifiant les différentes règles matérielles peut être louable sous certains aspects, il ne va pas nécessairement de pair avec l'idée de pluralisme. Les rapprochements effectués sont le résultat d'une certaine prise en compte de la diversité, mais on veut ensuite l'effacer par l'adoption d'un droit uniforme. Par ailleurs, ces textes n'étant jamais universels, on exclut par cette méthode la prise en considération des droits des Etats non parties à ces conventions. En revanche, certaines conventions internationales ne contiennent pas des règles matérielles mais des règles de conflit. Or, nous avons dit que la méthode conflictuelle était respectueuse de la diversité. Ainsi, un instrument d'inspiration universaliste, *a priori* non pluraliste, peut le devenir selon la méthode qu'il emploie pour régler la diversité des droits entre les Etats.

Il a été vu ensuite que le pluralisme juridique se manifestait aussi dans la multiplication des droits spéciaux, afin de faire face à la pluralité des situations. Cela part sans doute du sentiment de vouloir s'adapter et trouver une solution unique à chaque cas particulier. Il a toutefois été souligné que cela nuisait à la sécurité juridique. Trop de droits tuent le Droit.

Enfin, le pluralisme juridique s'épanouit dans la considération de la diversité culturelle et des identités. Ici, à n'en pas douter, la méthode conflictuelle garantit, mieux que les autres méthodes, les droits à la différence ; si le choc est trop violent, on peut recourir au mécanisme de l'*exception* d'ordre public. L'unification des règles substantielles détruirait les différences. C'est pourquoi le droit international privé peut être considéré comme un canal de la communication interculturelle¹¹². Le droit international privé réussit même l'exploit suivant : pluraliste dans ses méthodes, en donnant application à des droits différents, le droit international privé permet à ses solutions d'accéder à une reconnaissance universelle...

Elise RALSER

Maître de conférences en droit privé à l'Université de la Réunion

¹¹² Jayme (E.), *op. cit.*, note 11, p. 262.