

Memoria de Grado: Traducción del artículo:

“El Pluralismo jurídico en el Derecho Internacional Privado”

Artículo de Didier BODEN, ORIGINAL EN FRANCÉS.

Maitre de Conference en la Universidad París 1 (Panthéon-Sorbonne)

Publicado en : *Archives de Philosophie du droit* n°49, 2005, pp. 275-316.

Departamento de Derecho Internacional

Profesor Guía: Pilar Moraga

Alumna: María Victoria Contreras Yáñez

INDICE

	<u>Página.</u>
INTRODUCCIÓN.	4
I/ Fundamento reglamentario que justifica el valor de una traducción como memoria de grado	5
II/ Interés de la obra para el Sistema Jurídico Nacional	5
III/ Teorías abordadas por autor en el texto traducido	12
IV.- Situaciones y soluciones planteadas en por el Derecho Internacional Privado	14
 MEMORIA TRADUCCION DEL TEXTO DE ORGEN FRANCÉS:	
El Pluralismo Jurídico en Derecho Internacional Privado	20
Introducción	21
<i>A.- Distinción de los sentidos de la expresión “pluralismo jurídico”</i>	21
<i>B.- Oposición del monismo y del dualismo al pluralismo.</i>	25
 I.- EXPOSICIÓN DE LAS TEORIAS MONISTA Y PLURALISTA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	28
 A.- <i>Naturaleza de las teorías</i>	28
 B.- <i>Díptico teórico</i>	35

II.- UTILIZACIÓN DE LAS TEORÍAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EN MATERIAS ANÁLOGAS	66
<i>A.- Utilización de las teorías en derecho internacional privado</i>	66
<i>B.- Transposición en moral y en ética de la utilización de las teorías del derecho internacional privado</i>	71
CONCLUSION	93
BIBLIOGRAFÍA	95
ANEXO	96

INTRODUCCIÓN:

El proyecto de esta memoria de grado, asentado en la traducción al español de un texto en francés sobre Derecho Internacional Privado titulado “El Pluralismo jurídico en Derecho Internacional Privado¹”, se presenta con la intención de ser un real aporte para el ambiente jurídico, tanto en el ámbito doctrinario como investigativo de los países de habla hispana.

Sin duda, esta contribución introduce el fruto de la investigación de otros especialistas en el área, con otros enfoques y expresiones, para abrir novedosas, provechosas y abundantes perspectivas de esta rama del derecho, que no estaban a nuestra disposición, principalmente por un simple obstáculo de tipo lingüístico.

En el desarrollo de la memoria se realizó una minuciosa investigación en cuanto a las ideas expuestas por el autor a lo largo de todo su texto. Al no estar estas ideas abarcadas aún en el desarrollo del Derecho Internacional Privado chileno, la investigación fue más allá de los límites de la doctrina nacional, extendiéndose a todas aquellas ideas y expresiones utilizadas por el autor, adentrándose en la intencionalidad dada por éste tanto a sus expresiones como a sus ideas, reflejando de este modo de la manera más fidedigna el pensamiento jurídico del autor.

¹ Texto de la autoría del profesor Didier Boden, jurista, Maître de Conférences de la Universidad Paris 1 Panthéon-Sorbonne, encargado de los cursos de Derecho de Comercio Internacional, Libertades Fundamentales (protección europea de los Derechos del Hombre), Historia de la construcción europea, Derecho Bancario Internacional, Derecho Privado de los Contratos. Además es Coordinador del diploma de post-graduación "El derecho en Europa", miembro del Comité Ejecutivo de la Cátedra de las Américas.

Es interesante, como dijimos, notar el gran logro que implica hacer con esta memoria de prueba, una ampliación del círculo geográfico y numérico de lectores, respecto a las obras nacidas en otra lengua.

Finalmente, señalamos que este proyecto de memoria ha cumplido cabalmente con la reglamentación exigida por nuestra Facultad de Derecho para ser aprobada como memoria de grado. En todo momento esta memorista estuvo en constante búsqueda no sólo del correcto uso del lenguaje en español sino también de interpretar de la manera más técnica y fidedigna el sentido que el autor quiso dar a cada una de las expresiones lingüísticas utilizadas dentro de un marco jurídico.

I.- Fundamento reglamentario que justifica el valor de una traducción como memoria de grado.

La autorización relativa a la traducción de obras francesas como memoria de grado data del año 2006 y se encuentra en la respuesta del Sr. Decano al Ord. N° 17 del 21 de Junio de 2006. En aquel oficio el Sr. Vicedecano, expone la viabilidad de autorizar las traducciones de obras francesas como memoria de grado, exponiendo la procedencia de éstas desde el punto de vista reglamentario.

II.- Interés de la obra para el Sistema Jurídico Nacional

Como bien lo menciona la Dra. Elina Mereminskaya, en su artículo “Paradojas del Derecho Internacional Privado Chileno”, de la Revista del Magíster

y Doctorado en Derecho², tanto el Derecho Internacional Chileno como el Derecho Internacional Latinoamericano tiene un fuerte fundamento en el principio de la territorialidad.

Este principio de la “territorialidad” viene plasmado desde la época del feudalismo y, como lo explica el Profesor Guzmán Latorre³, *“para el feudalismo, el elemento predominante es la tierra, quedando el hombre relegado a un papel secundario. El hecho de pertenecer a una comunidad o asociación local es determinante para establecer la ley aplicable. El señor feudal dicta la ley que impera dentro de los límites de su territorio. Esa es la única ley válida y su aplicación excluye la de cualquier otra extraña”*. En aquella época, tal como lo señala Henri Batiffol⁴, *“no había ocasión de pensar en conflictos de leyes porque el tráfico jurídico entre los diversos señoríos era muy escaso, el comercio se encontraba muy reducido debido a la poca importancia de la riqueza inmobiliaria y las comunicaciones lejanas eran bastante inseguras, debido a la ausencia de un verdadero poder central.”*

Este es el método que se encuentra plasmado en nuestro Código Civil, principalmente en los artículos 14 y 15, donde la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico chileno, se contemplan en un margen muy amplio, y abarcando cualquier situación que se suscite bajo el amparo del territorio nacional. Es decir, engloba tanto el estatuto personal como real, para dirimir situaciones discutibles dentro del territorio chileno. La estrecha aplicación del derecho chileno en materias de Derecho Internacional Privado debiera llevar a un replanteamiento respecto a las políticas que nuestro país está asumiendo en ésta área.

² Dra. Mereminskaya: *Paradojas del Derecho Internacional Privado Chileno*, de la Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, pág. 139.

³ Guzmán Latorre, Diego: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica, Santiago, p.217.

⁴ Batiffol, Henri: *Traité Élémentaire de Droit International Privé*, Paris 1967, pág. 13.

Como bien señala Diego Guzmán Latorre⁵, en relación al fenómeno más importante del Derecho Internacional Privado, el reenvío, el autor señala, “Todas las legislaciones contienen reglas de derecho internacional privado que ordenan aplicar, en determinadas ocasiones, un Derecho extranjero precisado, dando lugar al envío.” Luego precisa en relación a otros casos que “el derecho así designado no acepta la competencia que se le da y contiene, a su vez, una norma de derecho internacional privado diferente, que resuelve la misma dificultad declarando aplicable otra legislación, que puede ser la del Estado remitente o la de un tercer Estado.” Señala finalmente el autor que “cuando esto ocurre, estamos en presencia del fenómeno que se conoce, jurídicamente, con el nombre de “reenvío”.

Si bien prácticamente todas las soluciones que se brindan en el Derecho Internacional Privado, las ha premunido la jurisprudencia, ésta misma muestra una tendencia negativa a la aplicación de las reglas de reenvío para la solución de las controversias que se susciten en el área. En la jurisprudencia nacional encontramos un solo caso de aceptación del reenvío en un fallo del año 1944⁶. Y tomando en cuenta que el reenvío es una de las soluciones más recurridas por los países en relación a los conflictos que se suscitan en Derecho Internacional Privado⁷, debiéramos replantearnos la forma en que se está abordando esta rama del derecho en nuestro país. Esta negativa, junto con la fuerte influencia del principio de territorialidad, asumida por las normas chilenas, ha llevado a una marcada falta de soluciones ofrecidas por nuestro país frente a los problemas que esta área plantea en la comunidad internacional.

⁵ Guzmán Latorre, Diego: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica, Santiago, Pág. 249-264.

⁶ “Tschumi con Tschumi”, Corte Suprema, 30 de junio de 1944, RDJ, tomo XVII, sección 1°, p. 325.

Si nuestro país tuviese que resolver problemas entre los ordenamientos de distintas jurisdicciones, la aplicación de la ley nacional se extendería siempre a su favor. Ello se explica producto de la prevalencia que tiene la aplicación de la ley nacional para enfrentar los problemas de Derecho Internacional Privado al estar el principio de territorialidad fuertemente marcado. La remisión y posterior aplicación que existe de las normas extranjeras, para resolver problemas internos cuando se invocan ciertos factores de conexión, se logra luego de internalizar una norma extranjera, haciéndola nacional. Es decir que su validez y aplicación se encuentra supeditada a la existencia de una norma nacional que se refiera a ella. Ello demuestra el seguimiento de un Derecho Internacional Privado visto directamente desde un punto de vista de la teoría monista. Esta teoría, en su esencia, no reconoce ninguna relación posible entre los distintos ordenamientos jurídicos. Más bien postula que para todo el Universo existe una gran norma jurídica que engloba, da vida, validez y juridicidad al resto de las normas.

Siguiendo la idea de la Dra. Mereminskaya, en relación a cómo está abordado en nuestra legislación las principales normas de conflicto que permiten determinar la ley que rige el estado de una persona, nos encontramos frente a un notorio desequilibrio. Ello lo vemos plasmado en nuestro Código Civil que acoge en su artículo 14, el primer factor de conexión, el de “territorialidad”, por el cual *“el estado de las personas que se encuentran en Chile se rige por la ley chilena”*, y en su artículo 15 inciso 1º, el segundo factor, acogiendo que, *“no obstante su residencia o domicilio en país extranjero a los chilenos les siguen las leyes patrias relativas a su estado”*. Este desequilibrio se genera porque *“se desconoce la nacionalidad como factor de conexión para los extranjeros en Chile”* Así, la Dra. Mereminskaya torna bilateral la norma del art. 14 del Código Civil, en el espacio, y concluye *“que el estado de los extranjeros en el extranjero se rige por la ley*

⁷ Véase por ejemplo, el art. 4 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, el art. 13 de la respectiva ley italiana da y el art. 4 de la Ley Alemana de Introducción al Código Civil (EGBGB).

territorial. Esta *inestabilidad* según lo expone la Doctora, no existe en otros países en los cuales, “*para determinar la ley que rige el estatuto personal, siguen otros factores de conexión tales como nacionalidad o domicilio*”. Esta última solución, llevaría en gran parte de los casos planteados a la solución de reenvío.

Como bien lo señala la Dra. Mereminskaya, “*una de las insuficiencias del Derecho Internacional Privado chileno... es el carácter unilateral de sus normas. En el mundo actual, ya no basta con constatar cuándo se aplica la ley nacional*”. Es de común opinión en gran parte de la doctrina del Derecho Internacional Privado, que la realidad internacional globalizada convoca normas o reglas de carácter bilateral, “*que dispongan tanto la competencia de la ley doméstica como de una extranjera, según el contexto espacial en que la situación jurídica ha tenido su centro de gravedad*”⁸

En nuestro país, dentro de esta rama del derecho, se encuentran distintos problemas que desembocan en reales desaciertos cuando relacionamos éstos con la actual normativa de Derecho Internacional Privado en el mundo. Nuestro Código Civil entrega tan sólo cinco artículos, donde pretende abarcar toda la aplicación normativa de Derecho Internacional Privado. Podríamos decir que en nuestro sistema jurídico, no hay más que aquellas normas. El Código Bustamante si bien es el código de Derecho Internacional Privado para muchos países, no lo es del mismo modo para Chile, por las numerosas reservas que éste hizo al ratificar dicho tratado.

Las disposiciones de índole e interés Internacional Privado nos obligan a indagar frente a todas aquellas circunstancias en que la aplicación de un derecho extranjero podría alterar las disposiciones internas o viceversa. Estos son los

⁸ Dra. Mereminskaya: *Paradojas del Derecho Internacional Privado Chileno*, de la Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, pág. 147.

temas que preocupan a nuestro ordenamiento jurídico en el área Internacional Privada. Sin embargo, bien sabemos que amplio es el sector de la doctrina que opina que nuestro Derecho Internacional Privado contiene un sistema jurídico monista o unilateral y por tanto sólo aceptaría la aplicación de normas si éstas se encuentran bajo el amparo de nuestro sistema jurídico nacional y por tanto con carácter estatal. Como bien señala la profesora Mereminskaya, sería por “*la pretensión de imponer la soberanía del Estado en sus dos formas territorial y personal*” y esa doble sujeción a la ley chilena se la relaciona a “*la ley aplicable como expresión de la soberanía estatal*”⁹. La validación de la aplicación de normas extranjeras estaría basada únicamente por la remisión de nuestro derecho a alguna norma extranjera. Pero nos encontramos en un gran dilema si aquella norma extranjera, no regula la hipótesis planteada por el derecho chileno, o si vamos más lejos, si la norma se remitiera a su vez, a través del reenvío, a un tercer ordenamiento jurídico que vaya contra el orden público chileno y se contraponga con alguna otra norma nacional. Son innumerables las hipótesis que pueden presentarse dentro del Derecho Internacional Privado, es por ello que, circunscribir esta rama del derecho a una teoría monista reduciría considerablemente el campo de aplicación del Derecho Internacional Privado.

Si bien, el Derecho Internacional Privado se dice un derecho de tolerancia, no hay que olvidar que esta rama se debe, como la mayoría de las ramas del derecho, a las relaciones entre personas o entre éstas y sus bienes o entre éstas y las relaciones jurídicas. Los destinatarios de las normas jurídicas de cada Estado deben irremediablemente someterse a las regulaciones jurídicas impuestas por éstos. Sin embargo la comunidad jurídica internacional debe velar porque sus destinatarios encuentren en su regulación una firme certeza jurídica que, por ejemplo, no desconozca ni ataque la teoría de los derechos adquiridos.

⁹ Dra. Mereminskaya: *Paradojas del Derecho Internacional Privado Chileno*, de la Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, pág. 140.

Los problemas de Derecho Internacional Privado, en general, señala el profesor Guzmán Latorre, consisten en establecer: *“las razones en que descansa la aplicación, en un territorio determinado, de ciertas leyes extranjeras; las clases de leyes que tienen o no eficacia extraterritorial y; las instituciones y relaciones jurídicas que corresponden a cada uno de estos grupos de leyes”*¹⁰. Frente a esta descripción del fin de las normas del Derecho Internacional Privado, debemos preguntarnos, qué realidad práctica se enfrentan hoy frente a estos desafíos. Sería una gran solución para la aplicación del Derecho Internacional Privado, reducir a analizar los casos frente a un denominador común, y a medida que vayan surgiendo problemas, se irán regulando. Pero actualmente la realidad es otra y encontramos teorías que indagan otras posibilidades y finalmente el resultado muy distinto de la mera aplicación de las normas nacionales frente a cualquier tipo de problema o situación jurídica. Dicha aplicación muchas veces llegará más allá de los límites de la soberanía de un determinado estado.

Ante el problema de la casi nula regulación en nuestro derecho de los conflictos de Derecho Internacional Privado y de una prevalencia de la teoría monista en la aplicación de las normas jurídicas con el fin de resolver las inconveniencias del Derecho Internacional Privado, es que, como señala la Dra. Mereminskaya, la jurisprudencia no tiene mucho de dónde aferrarse para dirimir un tema en particular. A raíz de la escasa regulación jurídica de las circunstancias de Derecho Internacional Privado, es que ha sido esencialmente la doctrina nacional quien ha terminado por desarrollar un “vocabulario teórico” que ayuda a la resolución de los conflictos por parte de los jueces que tendrán finalmente que dirimir y llegar a alguna solución.

¹⁰Guzmán Latorre, Diego: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica, Santiago, Pág. 249-250.

III.- Teorías abordadas por autor en el texto traducido:

La finalidad de una traducción, más que un simple ordenamiento fiel de palabras utilizadas por un determinado autor, es mantener de una manera auténtica la idea propia de éste y su sentido. Esta memorista, con rigurosidad lingüística intentó, además, mantener en todo momento el pensamiento jurídico del autor con fidelidad al texto original. Así, la obra traducida, no sólo comprende una acabada comprensión del texto para describir la voluntad del autor, sino también una minuciosa labor jurídica de interpretación, manteniendo la realidad jurídica que se aborda en el texto.

El texto, “El Pluralismo Jurídico en Derecho Internacional Privado” desde el punto de vista del autor, busca una solución armoniosa a la realidad de una rama del derecho que no tiene una comprensión uniforme ni pacífica. Encontramos directa alusión a dos de las principales teorías que abordan su aplicación en Derecho Internacional Privado: estas teorías son el **monismo o dualismo jurídico**, asimiladas por el autor a teorías gemelas; y el **pluralismo jurídico**. En toda su extensión expone el desarrollo de éstas dos teorías en Derecho Internacional Privado y sus desarrollos en el área. Asimismo expone el uso de estas teorías en el área y en otras materias análogas. Finalmente traspone el uso de estas teorías en Derecho Internacional Privado en el área de la moral y de la ética.

El autor hace una clara diferencia entre los distintos sentidos que se han dado de “Pluralismo Jurídico” y señala expresamente que no es aquella que se conoce vulgarmente en el campo General del Derecho. Luego señala que la aplicación dada a la expresión es la de una teoría general del derecho, como aquella que expone SANTIROMANO, señalando que “*proviene de la idea que*

existen varios ordenamientos irreductibles los unos a los otros en general, e irreductibles en particular a los ordenamientos jurídicos estatales, estableciendo todos estos ordenamientos jurídicos diversas relaciones entre ellos, o rechazando establecerlas”.

En relación a la búsqueda y posterior aceptación o rechazo de la aplicación de una norma extranjera respecto al derecho interno, reconociéndola como regla de Derecho Internacional Privado, en cuanto a reconocer la existencia de la una relación existente entre los distintos ordenamientos jurídicos, es una nueva interpretación que alimenta nuestro derecho y la cual podrá ser muy útil estudiar a lo largo de este texto. El autor utiliza como fuerte base de su argumento a lo largo del texto distintos dípticos, para ejemplificar de mejor manera las diferencias y distintas aristas, tanto de la teoría monista como de la pluralista. A la teoría dualista se refiere en el sentido de asimilarla como gemela de la teoría monista y las considera juntas en su exposición.

En el texto traducido, el autor expone claramente las diferencias entre el monismo y el pluralismo jurídico en Derecho Internacional Privado. Para ello, primero expone ambas teorías y su naturaleza, luego expone un ejemplo en el cual busca que el lector comprenda de mejor manera, *“como una teoría puede ser un modo de empleo de derecho positivo”*. Dentro del díptico en que contrasta ambas teorías, juega con la combinación de distintas preguntas, palabras y sentidos, mezclando interrogantes tanto de derecho interno, como de derecho internacional privado, de las legislaciones aludidas y otras hipótesis que ayudan en la exposición de sus ideas. Con ello busca ampliar la noción de la aplicación del Derecho Internacional Privado, exponiendo un juego de frases y sentidos, que van explicando, a lo largo del texto, de manera muy acabada las diferencias y contrastes entre éstas dos teorías.

Luego continua es su texto haciendo algunas apreciaciones en relación a la teoría monista y pluralista, con el fin de mejor comprender el díptico antes señalado. Así es como expone el porqué de la fuerte influencia monista en el Derecho Internacional Privado y el porqué actualmente se ha querido ir abandonando dicha teoría.

Posteriormente, sigue con un segundo díptico, el cual abarca las más amplias nociones y circunstancias que pueden encontrarse en Derecho Internacional Privado, para la mejor y más correcta comparación posible de efectuar entre estas dos teorías.

Más avanzado en el texto, en un gran apartado, el autor expone su segundo y gran punto, el “*uso de las teorías en Derecho Internacional Privado y en materias análogas*”. Dentro de las materias análogas sitúa el campo de la ciencia de la moral y la ética. Ahí vuelve a hacer un contraste a través de un díptico en el cual contrasta el **monismo** con el **pluralismo**.

IV.- Situaciones y soluciones planteadas en por el Derecho Internacional Privado

En términos generales sabemos que cada estado, producto de su soberanía posee la más amplia gama de normas internas que buscan desarrollar y abarcar lo más acabadamente posible, las circunstancias que se susciten dentro de su territorio. Sin embargo en un mundo globalizado y cada vez más abierto a las interacciones tanto estatales como personales, se van reduciendo cada vez más los límites jurisdiccionales de cada país. De este modo, surgen relaciones más inesperadas, y frente a las cuales, los países deben intentar encontrar la solución más viable y armoniosa dentro de las regulaciones, tanto internas como internacionales.

En algún momento o por determinada circunstancia, ya sea en relación al territorio, nacionalidad u otro factor de relevancia internacional, dos o más individuos, se relacionan jurídicamente. Sin embargo dependiendo si se adopta una teoría monista o pluralista del Derecho Internacional Privado, el abanico de posibles soluciones será más o menos abierto, ya que no nos encontraremos ante una solución única al problema planteado. El Derecho Internacional Privado debe buscar una solución jurídica con el fin de relacionar de la manera más adecuada la interrelación de los distintos ordenamientos jurídicos en juego. En ningún caso el Derecho Internacional Privado busca desconocer los regímenes jurídicos de los distintos Estados, sino más bien partiendo de la base de la soberanía de las naciones, buscar la solución más armoniosa entre los distintos ordenamientos jurídicos en juego. Dicha solución no será necesariamente uniforme, dado que las relaciones jurídicas entre los individuos se van desarrollando e innovando en el tiempo, ante lo cual, el derecho debe estar abierto e instar por abarcar y ofrecer soluciones de la más variada índole.

Si bien, cada país tiene su propio sistema jurídico interno que regula las relaciones dentro de su territorio, eso no significa que las relaciones que van más allá de las fronteras están necesariamente reguladas por el derecho interno de determinado país. Puede que lo estén, pero de no estarlo se requerirá un exhaustivo estudio en relación a los distintos ordenamientos jurídicos que podrían verse comprometidos y de qué manera se enfrentan éstos las circunstancias planteadas. Esos ordenamientos son plenamente válidos y provistos de la soberanía estatal dentro de sus territorios pero no son necesariamente aplicables o posibles de aplicar dentro de la jurisdicción de otros territorios. Ello debido a que pueden ser incompatibles en relación a los principios que rigen los distintos ordenamientos internos o porque no reconocen la aplicación de una ley que no sea la nacional o, porque la reenvían a otro ordenamiento, el cual no da solución

al respecto o porque la reenvía nuevamente al primer ordenamiento, lo cual sería caer en un círculo sin fin.

Existen otros intentos de armonizar la aplicación de Derecho Internacional privado. Por ejemplo, según el jurista argentino Werner Goldschmidt¹¹, algunos autores proponen “*considerar a la ley extranjera como un hecho fuera de la causa, obligando al juez a aplicarla o “imitarla” de la misma manera como si la ley extranjera fuera parte constitutiva de su lex fori*”. Es decir, el esfuerzo de carácter internacional por encontrar fundamento a la aplicación de una norma extranjera no obligaría a los Estados a sobreponer las normas extranjeras sobre las internas, sino que los llevaría a ampliar el concepto de “estas normas extranjeras” aplicables a determinados casos con **carácter internacional**. De esta forma se estaría considerando aplicar normas jurídicas extranjeras, como derecho, equiparado la validez de éstas normas, a las normas internas. Si por el contrario, las normas extranjeras no se aceptaran como derecho, estaríamos frente a un hecho, el cual tendría necesariamente que probarse ante la justicia del país en que se la intente aplicar. Luego, este país extranjero tendría que decidir sobre la posibilidad, o no, de la aplicación de esta norma extranjera. De ser considerado como derecho, se aplicaría directamente al caso que convoca una determinada norma extranjera, sin aplicar el peso de la prueba de esta norma extranjera. Esto sería un gran aporte a la facilitación de la aplicación del Derecho Internacional Privado, en el caso de no haber una norma jurídica que regule el caso. La intención internacional de armonizar, va por tanto tomando forma pero lamentablemente aun no hay soluciones plasmadas en algún documento jurídico de corte internacional.

¹¹ Dra. Mereminskaya: *Paradojas del Derecho Internacional Privado Chileno*, de la Revista del Magíster y Doctorado en Derecho, pág. 145.

En el evento de no existir una clara remisión al ordenamiento jurídico aplicable, tanto en el derecho interno de un determinado país, como en alguna otra norma de un país extranjero, por remisión de la norma de otro país, es decir, por reenvío, nos encontramos ante una decisión jurídica que no existe.

Actualmente, para buscar una solución a un problema de relevancia internacional en el ámbito *ius privatista*, debemos necesariamente remitirnos a ordenamientos jurídicos internos establecidos y de no existir éstos, debemos remitirnos a la normativa internacional, es decir, por ejemplo, los tratados internacionales que hayan suscrito los países involucrados en el caso en cuestión.

Al dirigirnos a una mayor cantidad de normas que regulen una determinada situación, podemos dar una respuesta más detallada al problema, más no necesariamente encontrar una solución. Sin embargo, en muchos casos, simplemente no existen soluciones y es ahí donde se requiere una investigación profunda de las legislaciones existentes y el espíritu de cada una de ellas y del derecho internacional con tal de encontrar la solución apropiada para un determinado caso.

Frente a un específico sistema jurídico nacional, cuando la hipótesis planteada alcanza fronteras externas en que se requiere para su ejecución de una norma externa, debemos preguntarnos de que forma enfrenta éste las normas de otro sistema jurídico.

No es trivial dirimir entre dos sistemas jurídicos distintos que, a su vez, no tienen porque tener, una lógica jurídica similar entre ellos. La solución posible sería como hemos dicho anteriormente, una norma jurídica superior en común que probablemente tampoco tenga una lógica jurídica similar al derecho interno

de los países involucrados. En ese caso lo que más resaltaría es una solución que tenga como principal meta el interés de la comunidad internacional.

En nuestros días aún no encontramos una solución clara y única para los problemas que plantea esta rama del derecho. Sin embargo pensamos que una solución única que haga prevalecer, ante todo, un interés universal al cual todos los ordenamientos deban someterse, conduciendo a todos los ordenamientos jurídicos a una especie de juridicidad única y exclusiva, sería una solución posible y viable. Para algunos autores, entre ellos Hans Kelsen, la obtención de validez y juridicidad de los distintos ordenamientos jurídicos está en remitirse a una ley superior. Pero ello nada más postula una teoría monista frente al Derecho Internacional Privado. Pero la solución que sería viable de adoptar sería más bien armonizar las normas entre ellas y no someterlas a la "idea" de una norma universal. Ello postula por lo tanto un avance respecto a la teoría monista desarrollada en esta parte del derecho.

Actualmente, en un mundo globalizado, en que los países abren cada vez más sus fronteras a otros países, es muy necesario asegurar un determinado nivel de certeza jurídica a los individuos interactuantes dentro de esta nueva realidad. De lo contrario, no sólo sería un gran obstáculo para el desarrollo de las naciones, al no asegurar y salvaguardar la apertura de éstas a nuevas realidades, sino que sería una declaración abierta que la paralización del derecho.

Obligatoriamente el derecho en todos sus ámbitos debe fortalecerse y adecuarse a la evolución de las sociedades. Es más, si frente a este crecimiento se adopta una reacción sorda a los problemas que se fueran generando, lo más probable es que ello desembocaría en un difícil enfrentamiento entre las distintas jurisdicciones, las cuales se declararían tácitamente incompatibles e impenetrables entre ellas. Finalmente nos podríamos enfrentar a un choque o

paralización de las relaciones jurídicas internacionales, donde no habría ningún incentivo para extender los alcances y beneficios de los distintos regímenes jurídicos en los intercambios internacionales.

Finalmente podemos concluir que respecto a la situación en Chile de las teorías aludidas, “el Pluralismo Jurídico” no ha sido desarrollado doctrinariamente. Actualmente nuestra legislación en relación al Derecho Internacional Privado está muy restringida y podemos encontrarla prácticamente en sólo unas cuantas normas en nuestro Código Civil. Estas normas abordan una teoría monista o unilateral del Derecho Internacional Privado, lo que no es más que un reflejo de cómo abordan ésta rama los demás países de Latinoamérica.

El Pluralismo jurídico en el Derecho Internacional Privado*

Didier BODEN

Maître de conférences en la Universidad París 1 (Panthéon-Sorbonne)

RESUMEN – La expresión “pluralismo jurídico” señala, entre otros numerosos significados, una **teoría general del derecho** (que permite especialmente describir el derecho, aplicarlo o preconizar su cambio o su mantención en el mismo estado), en contraste con el **monismo** y el **dualismo**. Como teorías generales del derecho, el monismo y el dualismo, a gran diferencia del pluralismo, son idénticamente incapaces de describir las relaciones entre ordenamientos jurídicos; en este sentido y en esta medida, el dualismo no es más que una forma de monismo y no necesita por tanto ser considerado distintamente. En **derecho internacional privado**, el monismo y el pluralismo toman, sorprendentemente, las denominaciones de bilateralismo y unilateralismo. Es esencialmente a partir de fines del siglo XIX que se percibe el contraste entre monismo-bilateralismo y pluralismo-unilateralismo. Algunos legisladores han escogido conscientemente suscribir a una u otra de esas dos teorías. Ellas guían los órganos de aplicación del derecho, dándoles el modo de empleo de éste. Desde hace medio siglo, los autores evalúan el grado de correspondencia de cada una estas dos teorías con el derecho positivo. La reciente evolución de éste otorga una pertinencia creciente al pluralismo-unilateralismo. Las numerosas **paradojas**, círculos viciosos, peticiones de principio y otros problemas que el derecho internacional privado ha conocido desde 1837 han sido recientemente identificados por el autor como tantos resultados del entreveramiento de estas dos teorías, que son en conjunto incompatibles entre ellas. Bajo numerosos respectos, las teorías morales y

éticas del sometimiento al servicio de la voluntad de los demás (**tolerancia activa, obediencia activa, complicidad activa**) se beneficiarían al ser cotejadas con las teorías del derecho internacional privado, cuyos especialistas tradicionalmente llaman el derecho de la tolerancia.

INTRODUCCIÓN

1.- El pluralismo jurídico recientemente experimentó desarrollos en derecho internacional privado, pero lo que importa antes de cualquier cosa es premunirse contra los malos entendidos que arriesgaría provocar, al exponer estos desarrollos, la pluralidad de las acepciones tradicionalmente dadas a la expresión “pluralismo jurídico” (A). En lo que sigue de la presente contribución “pluralismo jurídico” será el nombre que se dará a una teoría general del derecho, que se comprende en oposición al monismo y al dualismo (B).

A.- Distinción de los sentidos de la expresión “pluralismo jurídico”

2.- Ocurre que se caracteriza por la expresión “pluralismo jurídico” o por la de “pluralismo legislativo” la legislación de un Estado en tanto ofrezca, a las personas que están sometidas a sus disposiciones, la elección entre diversos regímenes, teniendo cada uno de ellos, sus propias condiciones y sus propios efectos. En este sentido, la legislación francesa es caracterizada por el “pluralismo jurídico” en materia de regímenes matrimoniales (comunidad universal, comunidad reducida a las adquisiciones, separación de bienes, etc.) o en materia de sociedades comerciales (sociedad de responsabilidad limitada,

sociedad anónima, sociedad en comandita, sociedad en nombre colectivo, etc.)¹²

En lugar de un sentido descriptivo, se puede tratar también de un término prescriptivo, por el cual se expresan los valores que se defienden o aquellos que se combaten.¹³

3.- En antropología del derecho y en sociología del derecho, la expresión “pluralismo jurídico” es empleada generalmente para describir el estado de una sociedad de individuos que viven en un mismo territorio y que no están sometidos a las mismas reglas (sean estas estatales o no, y que las reglas no estatales sean reconocidas, ignoradas o combatidas por el Estado). Los antropólogos y los sociólogos no están unánimemente de acuerdo para calificar de “derecho” lo que no es ni directamente estatal ni estatal por delegación. Pero hay un acuerdo general entre ellos sobre esta definición del “pluralismo jurídico” por la pluralidad de ordenamientos jurídicos en vigor en el seno de una misma sociedad establecida sobre un mismo territorio, estando algunos individuos sometidos a ciertas reglas, y otros individuos a otras reglas.¹⁴

¹² Para ilustrar, v. Jean-Guy BELLEY, “Pluralisme juridique”, in André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2ª ed., París : LGDJ, 1993 : “Existencia simultánea, en el seno de un mismo ordenamiento jurídico, reglas de derecho diferentes que se aplican a situaciones idénticas [abstractamente idénticas, en el sentido que el hurto de uno, es fácticamente idéntico al hurto del otro, por ejemplo, pero que dependen de jurisdicciones y de reglas materiales diferentes]”.

¹³ Es en este último sentido que el profesor Christian ATIAS ha fustigado la multiplicación de las maneras de formar una familia en el derecho francés, bajo el nombre de “ideología del pluralismo legislativo” del derecho civil de la familia en Francia (“Éléments pour une mythologie juridique de notre temps [suite]. Le Mythe du pluralisme civil en législation”, *R.R.J.* 1982.244-253).

¹⁴ El profesor Jacques VANDERLINDEN (“Le Pluralisme juridique. Essai de synthèse”, in John GILISSEN [dir.], *Le Pluralisme juridique*, Bruselas: Éd. de l’Univ. de Bruxelles [ULB], 1972, pp. 19-56) ha contribuido mucho al éxito de esta idea de pluralidad y de la expresión por la cual describimos la realidad que le corresponde. Desgraciadamente, esta literatura a menudo tiene, pero no siempre, el defecto de definir los ordenamientos jurídicos no estatales en referencia al Estado y a no concebir el pluralismo “sino en el seno de una misma sociedad” (cf. el sentido indicado, *supra*, nota 1). Es lo que Jean-Guy BELLEY (*op. cit.*, § 2 inc. 1^o) llama como burla el “mono-pluralismo jurídico”.

El señor Jacques VANDERLINDEN, en 1993, presentó otra versión de esta idea, basada completamente en la constatación de que los individuos estaban simultáneamente sometidos a derechos objetivos independientes los unos de los otros. La diferencia con la versión anterior es mínima ya que hemos pasado, como vemos, de la pluralidad de las trascendencias a la pluralidad de

4.- En la literatura que depende mayormente de la moral política (especialmente en Georges GURVITCH), el “pluralismo jurídico” es una doctrina que preconiza, que junto a fuentes tradicionales del derecho estatal, tales como las leyes votadas por el Parlamento y los reglamentos elaborados por el poder ejecutivo, se añaden normas generales que emanan de organizaciones también detentadoras de una legitimidad política ya que, según los adherentes a esta doctrina, “el Estado no tiene el monopolio de la representación del interés general” (entre esas normas, se debiera contar aquellas que emanan de otros “centros generadores de derecho”, tales como los “sindicatos, cooperativas, trusts, fábricas, iglesias, servicios públicos descentralizados, uniones internacionales, administrativas, Organización Internacional del Trabajo, Sociedad de Las Naciones, etc.”)¹⁵.

5.- Una cuarta acepción fue dada a la expresión “pluralismo jurídico” durante estos últimos años (especialmente por la pluma de la señora Mireille DELMAS-MARTY), en la literatura relacionada con el derecho: el carácter de un derecho supra-estatal formado por obligaciones estipuladas a cargo de los Estados partes de un tratado que deja una cierta libertad a éstos en la elección de los medios para poder cumplir sus compromisos, que admiten por ende una

las obediencias. En tal sistema, los ordenamientos jurídicos no entran a relacionarse, y los efectos que uno acepte o rechace otorgar las normas del otro, por no estar concebidos, no pueden ser estudiados. V.: Jacques VANDERLINDEN, “Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique” in Alain SERIAUX (dir.), “Le Droit face au pluralisme”, *R.R.J.* 1993.567-642, esp. 573-583.

¹⁵ Encontraremos precisiones sobre esta doctrina política en uno de sus más fervorosos defensores, de quien tomamos prestadas las palabras citadas [y traducidas] en el texto entre comillas: Georges GURVITCH, *discussion sur le rapport de Hugo SINZHEIMER*, “La théorie des sources du droit et le droit ouvrier”, *Ann. Inst. int. phil. dr.* 1934.73-81, esp. 80 ; Georges GURVITCH, “Théorie pluraliste des sources du droit positif”, *Ann. Inst. int. phil. dr.* 1934.114-131; Geoges GURVITCH, “*L’Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit.*” París : Pedone, 1935, pp. 138-152.

Se trata entonces de una doctrina de moral política sobre las fuentes de la legitimidad jurídica, que GURVITCH tiene desgraciadamente la tendencia de presentar como una reflexión puramente científica, donde sólo bastaría “constatar los hechos normativos”. Se adivina la acrimonia que tal confusión metodológica ha suscitado por parte de Hans KELSEN y sobre todo de Alf ROSS luego que

pluralidad de observaciones estatales. La idea es tan antigua como las directivas comunitarias y el Convenio europeo de los derechos humanos. Utilizar la expresión “pluralismo jurídico” para expresar esta idea es en cambio una actitud más reciente¹⁶.

6.- En un quinto sentido, el único que será empleado en lo que sigue de la presente contribución, el pluralismo jurídico es una teoría general del derecho, de la que SANTI ROMANO fue el mensajero más brillante, y que proviene de la idea que existen varios ordenamientos jurídicos, irreductibles los unos a los otros en general, e irreductibles en particular a los ordenamientos jurídicos estatales (o a uno de ellos, o a un ordenamiento jurídico que les conferiría a todos una juridicidad única), estableciendo todos estos ordenamientos jurídicos diversas relaciones entre ellos, o rechazando establecerlas.

Esta teoría general se opone al monismo, del cual Hans KELSEN fue el más riguroso intérprete, y que parte de la idea que para todo el universo existe un sólo ordenamiento jurídico, al cual son reductibles por necesidad lógica, todas las normas jurídicas (sin lo cual éstas no serían jurídicas). El pluralismo jurídico se opone igualmente al dualismo, teoría general a la cual Dionisio ANZILOTTI asoció su nombre, y que deriva de la doble afirmación que existen varios ordenamientos jurídicos irreductibles los unos a los otros, por cierto, pero que esos ordenamientos jurídicos no están en relación los unos con los otros.

ella fue cometida ante los miembros del Instituto Internacional de filosofía del derecho y de sociología jurídica (*Ann. Inst. int. phil. dr.* 1934.130).

¹⁶ Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, París : Seuil, 1994, pp. 112, 143-144, 185-186, 193-194, 200, 225 ; Mireille DELMAS-MARTY y Jean-François COSTE, “Droits de l’homme : logiques non standard”, *Le Genre humain*, n° 33, 1998, pp. 135-154 ; Elisabeth LAMBERT, *Les Effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*. Contribution a une approche pluraliste du droit européen des droits de l’homme, th. Univ. Robert Schuman de Strasbourg (1998), Bruxelles : Bruylant, 1999,

Esta oposición del monismo, dualismo y pluralismo, como teorías generales de derecho, exige ciertas precisiones.

B.- Oposición del monismo y del dualismo al pluralismo.

7.- Un nuevo riesgo de confusión afecta el uso de los términos “monismo” y “dualismo”. Éstos designan, ya sea dos teorías generales del derecho, ya sea dos tipos de Estado, según el procedimiento constitucional que ellos utilicen para hacer estatalmente obligatorias las normas del derecho internacional dotadas de efecto directo (*self executing*)¹⁷.

En este segundo sentido, que se menciona aquí sólo para poder descartarlo, un Estado es calificado de monista en la medida en que¹⁸ torne obligatorias para sus destinatarios las normas de derecho internacional dotadas de efecto directo (*self executing*), sin que ese carácter estatalmente obligatorio dependa de una copia de la norma internacional bajo la forma de una norma estatal. Por oposición, un Estado es calificado como dualista sólo en la medida en que el carácter estatalmente obligatorio de que se trata dependa de la copia de la norma internacional bajo la forma de una norma estatal.

Esta acepción no será empleada nuevamente en el resto de la siguiente contribución.

pp. 45-57, esp. 48 : [trad] “la teoría pluralista o de la armonización, cuyo modelo debe actualmente ser explicitado”.

¹⁷ Sobre la distinción de esos dos empleos, v. en particular: Carlo SANTULLI, *Le Statut international de l'ordre juridique étatique. Étude sur le traitement du droit interne par le droit international*, th. Univ. Panthéon-Assas París 2 (1999), París : Pedone, 2001, pp. 90-91; más implícito: Mathias AUDIT, *Les Conventions internationales entre personnes publiques*, th. Univ. París 1 Panthéon-Sorbonne (1999), París : LGDJ, 2002, p. 37, n° 83.

¹⁸ Un Estado, en ese sentido, puede ser monista con ciertas normas y dualista con otras. Así el Reino Unido es monista frente a las reglas comunitarias y costumbres internacionales, así como es dualista frente a otras reglas del derecho internacional.

8.- Como teorías generales del derecho, es decir, como representaciones generales que permiten especialmente describir el derecho, aplicarlo, o preconizar su cambio o su mantención en el mismo estado, el monismo y el dualismo podrían parecer muy diferentes el uno del otro. Sin embargo, bajo algunos aspectos –los únicos que aquí nos interesan, porque se tratará esencialmente de derecho internacional privado-, se trata de dos teorías perfectamente gemelas y netamente distintas del pluralismo.

Ello se comprenderá rápidamente una vez que se haya recordado lo que es el derecho internacional privado de un Estado. Junto a una primera parte, compuesta de la *regla* por la cual un Estado impone que se aplique, con preferencia a las normas de otros Estados, sus normas de derecho privado a las situaciones que entran en el campo de aplicación de éstas (en realidad, más que una *regla*, se trata sólo *de un aspecto de esas normas*), el derecho internacional privado de un Estado está formado por reglas que él mismo se impone seguir una vez que es llevado a aceptar o rechazar dar un efecto de derecho privado a normas emanadas de otro Estado.

El derecho internacional privado es, en este sentido, un derecho de relaciones entre ordenamientos jurídicos. Ahora bien, el monismo y el dualismo son dos teorías generales en las cuales las relaciones entre los ordenamientos jurídicos son inconcebibles. En el monismo, no hay relación entre los ordenamientos jurídicos puesto que hay un sólo ordenamiento jurídico. Y en el dualismo existe ciertamente una pluralidad de ordenamientos jurídicos, pero la estanquidad absoluta que esta teoría les impone como una suerte de necesidad lógica les impide relacionarse. No es de extrañarse entonces que esas dos teorías echen mano a los mismos artificios para describir el derecho internacional privado, especialmente en cuanto éste ordena en ciertos casos la aplicación de leyes extranjeras: esta aplicación es presentada, según los

autores de textos monistas o dualistas, tanto como el resultado de la naturalización preliminar de la ley extranjera (de forma tal que la ley efectivamente aplicada ya no es extranjera), tanto como la aplicación de una ley del foro tomando en consideración la ley extranjera, como se haría de un simple hecho (de forma tal que, nuevamente, sea aplicado sólo el derecho del foro).

Cuando nos interesamos en la presentación que las teorías generales dan del derecho internacional privado, es entonces inútil querer oponer el monismo y el dualismo, que, en este campo, son dos teorías gemelas. La única oposición pertinente es aquella que pone frente a frente al monismo (al cual se asimilará el dualismo), que excluye las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, por una parte, y por otra, al pluralismo, que los admite¹⁹.

9.- Reduciéndose ya el riesgo de confusión, es posible abordar el estudio de lo que son en derecho internacional privado las teorías monista y pluralista (I), y el uso que de ellas puede hacerse, tanto en esta materia como en otras, propicias a las analogías (II).

¹⁹ En este sentido, v. Edoardo VITTA, "Cours général de droit international privé", *RCADI* 1979-I, vol. 162, pp. 9-243, esp. pp. 32-34 (equivalencia en derecho internacional privado del monismo de Hans KELSEN y el dualismo de Dionisio ANZILOTTI y de sus epígonos italianos, equivalencia apoyada por

I.- EXPOSICIÓN DE LAS TEORÍAS MONISTA Y PLURALISTA EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

10.- Una explicación de lo que son las teorías generales (A) permitirá una mejor comprensión de los usos que de ellas puedan hacerse. Luego, se dará a leer un díptico que contrasta la teoría monista y la teoría pluralista hasta sus desarrollos en derecho internacional privado (B).

A. Naturaleza de las teorías

11.- Una teoría es una *presentación* de su objeto, es una imagen, un cuadro. Esta presentación no es necesariamente descriptiva: los discursos no descriptivos, relativos al derecho, son numerosos²⁰. Cada género de discurso tiene sus propios criterios de pertinencia.

Se evocará inicialmente el discurso descriptivo, que es el de la ciencia fundamental del derecho, cuyo primer criterio de pertinencia es su correspondencia con la realidad jurídica descrita²¹. El monismo y el pluralismo,

la identidad de sus artífices teóricos) y pp. 34-35 (rechazo del monismo y del dualismo por el autor, que preconiza la utilización en derecho internacional privado del pluralismo de SANTI ROMANO).

²⁰ Se encontrará una exposición de diferentes tipos de discursos relativos al derecho (ontología del derecho; ciencia fundamental del derecho o enseñanza jurídica; ciencia aplicada del derecho o información jurídica; doctrina; alegato, acusaciones y discursos similares; política jurídica o moral jurídica; motivación; legislación), in Didier BODEN, *L'Ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, th. Univ. París 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, polycop., pp. 517-523.

²¹ Los otros criterios de pertinencia de una teoría descriptiva son los siguientes. Ya que la teoría descriptiva procede por reagrupamiento en el seno de categorías, de forma que lo que es afirmado en un caso individual pueda también ser dicho, por medio de una ley teórica, de toda una serie de otros casos, se preferirá la economía de una sola teoría general, a la profusión de las teorías *ad hoc*. El grado de correspondencia a la realidad y la economía sólo son dos caras de un mismo criterio. Puesto que la teoría es una presentación de las cosas, el segundo criterio de pertinencia de una teoría es su valor pedagógico, es decir la virtud que ella tiene de hacer acceder rápida y eficazmente a los estudiantes hacia un cierto conocimiento de la realidad estudiada. Ya que la teoría articula un cierto número de propósitos que forman un conjunto coherente, el tercer criterio de pertinencia de una teoría

como teorías descriptivas, corresponden cada uno a una parte más o menos grande de la realidad del derecho internacional privado. En ese sentido, cada una de esas dos teorías es más o menos verdadera y más o menos falsa. Desde hace medio siglo, como se verá más adelante²², uno de los ejercicios más valorados de los especialistas del derecho internacional privado, sobre todo en Francia, consistió en medir la parte de correspondencia con el derecho positivo de cada una de estas dos teorías.

Otro tipo de discurso, más teórico de lo que se piensa, es el que sostiene el legislador, o su substituto pretoriano. Por las palabras que utiliza, y por las reglas que impone, el legislador puede rendir homenaje a una teoría, y ordenar de esa forma a los que estarán encargados de aplicar la ley, hacerse ciertas preguntas, excluyendo ciertas otras, en un orden que habría parecido descabellado si se hubiese inscrito en otra teoría. Es este *modo de empleo* de la ley (o de la jurisprudencia que a veces tiene su lugar) el que es llamado, especialmente en derecho internacional privado, “*método*”. En este sentido, un método es, o no es, de derecho positivo; lo es en mayor o menor medida; es irreducible a las reglas y a las decisiones; ordena la censura de una decisión que no lo habría seguido (un método, como todo razonamiento, se *sigue*) en una materia donde él es de derecho positivo; es una imagen, es decir una teoría, que el derecho positivo da de sí mismo y de su puesta en acción²³.

12.- Un breve ejemplo de derecho internacional privado permitirá comprender mejor cómo una teoría puede ser un modo de empleo del derecho positivo. Dos teorías se ofrecen para quien buscaría describir el razonamiento a

es la ausencia de sorpresas que se siente, después de haber leído los primeros elementos de la teoría, tomando conocimiento de los elementos siguientes. Ya que una de las funciones de la teoría es de permitir la argumentación y jamás sea fácil convencer a una persona que luego de estar convencida de lo que se sostiene, el cuarto criterio de pertinencia de una teoría es el éxito que ella haya adquirido. V. Didier BODEN, *op. cit.*, pp. 504-516.

²² V. *infra*, n° 18.

seguir en el derecho positivo francés cuando dos iraníes quieren divorciarse en París:

Primera teoría, primer método

1.- Pregunta de derecho internacional privado francés: La acción de divorcio ¿Depende de la regla de conflicto francesa aplicable a las interrogantes de derecho no patrimonial de las personas y de la familia (lo que usualmente se llama, el estatuto personal)?

2.- Pregunta de derecho internacional privado francés: Si se trata de una cuestión de estatuto personal, ¿cuál es el factor de conexión retenido por la regla de conflicto francesa? ¿Se trata de la nacionalidad común de las partes, o de otro criterio?

3.- Pregunta de derecho internacional privado francés: ¿Cuál es el ordenamiento jurídico que designa este criterio? Dicho de otro modo: ¿cuál es el ordenamiento jurídico competente?

Segunda teoría, segundo método

1.- Pregunta de derecho interno francés: ¿Incluye la ley francesa sobre el divorcio, dentro de su campo de aplicación, la acción de dos iraníes en París?

2. Pregunta de derecho internacional privado francés: ¿Exige esta ley francesa ser aplicada en Francia a los casos que entran en su campo de aplicación?

3.- Pregunta de derecho interno iraní: La ley iraní sobre cese judicial no retroactivo del matrimonio ¿deja dentro de su campo de aplicación la acción de dos iraníes en París?

²³ Para una mayor precisión y ejemplos, v. Didier BODEN, *op. cit.*, pp. 521-522.

4.- Pregunta de derecho interno iraní: dentro del ordenamiento jurídico designado, ¿cuál es la ley sustantiva que hace entrar en su campo de aplicación la acción de divorcio de dos iraníes en París? Hay necesariamente una, ya que todo derecho estatal siempre tiene respuesta para todo.

5.- Pregunta de derecho internacional privado francés: ¿La posible aplicación de esta ley en la especie, no revela que en realidad era la ley sustantiva francesa la que, por excepción a la regla de conflicto aplicable en materia del estatuto personal, debía aplicarse?

4.- Pregunta de derecho internacional privado iraní: ¿Exige esta ley, ser aplicada en el extranjero en los casos que entran en su campo de aplicación?

5.- Pregunta de derecho internacional privado francés: Si la ley francesa no quiere aplicarse y la ley iraní quiere aplicarse, la solución a la cuál conduciría, en la especie la aplicación de la ley iraní, ¿contrasta excesivamente o no con las concepciones del derecho francés?

6.- Pregunta realizada a los derechos internacionales privados del mundo entero: Si se constata tal contraste, ¿desea otra ley extranjera ser aplicada?

7.- Pregunta de derecho internacional privado francés: en ausencia de toda ley extranjera que quisiera ser aplicada en la especie, ¿acepta la ley francesa

ser aplicada subsidiariamente?

13.- Este ejemplo permite mostrar que una teoría puede ser, o no, de derecho positivo²⁴. La decisión dictada por una jurisdicción que haya seguido una teoría en vez de la otra incurriría, en el mejor de los casos, en la sustitución de motivos y, en el peor de los casos, en la anulación o la casación²⁵.

Comparativamente, pero cambiando el tipo de discurso para volver a la descripción científica, se constatará la verdad del texto que describe al derecho positivo francés en los términos de la segunda teoría, y la falsedad del texto que describiría ese mismo derecho en los términos de la primera.

El ejemplo también permite mostrar que las teorías se distinguen por la *presentación* de su objeto, presentación que es formada por un cierto número de frases, compuestas por ciertas palabras, que tienen un significado. Esas frases son arregladas en un cierto orden. Entonces basta con adoptar una cierta presentación de un objeto para tornar incomprensibles algunos otros decires relativos a este objeto, si tales decires se inscriben dentro de otra teoría²⁶. Para mostrar que se adhiere a cierta teoría, a veces sin saberlo basta, con utilizar ciertas frases o ciertas palabras²⁷, o de usarlas en un determinado sentido²⁸. A

²⁴ La primera correspondió al derecho francés hasta 1975, y ella aún corresponde, *mutatis mutandis*, al derecho internacional privado francés positivo de las anulaciones de matrimonio. La segunda corresponde al derecho positivo francés desde 1975 (v. art. 310 C. civ.fr., art. 309 desde el 1° de julio de 2006).

²⁵ Por haber seguido el segundo método en vez del primero, la Corte de Apelaciones de París vio casada la sentencia que había dictado en el caso *L'Union et le Phénix espagnol* et al. c. *Mlle Beau*, el 6 de junio de 1990 por la Primera Sala Civil de la Corte de Casación (*Rev. crit. DIP* 1991.354-365, n. Pierre BOUREL ; cf. : Bertrand ANCEL e Yves LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4ª ed., París : Dalloz, 2001, n° 19). Por haber seguido el primer método en vez del segundo, la misma casación fue inflingida el 28 de mayo de 1991 por la misma sala civil al fallo dictado por la misma Corte de Apelaciones en el caso *Huston et al. c. Soc. Turner Entertainment Co.* y al. (Cass. civ. I, 28 mayo 1991, *Rev. crit. DIP* 1991.752-756, n. Pierre-Yves GAUTIER).

²⁶ V. *infra*, notas 28 y 29.

²⁷ “Orden jurídico competente” para la primera teoría; “voluntad que tiene la ley de aplicarse”, para la segunda teoría.

²⁸ En la primera teoría, el “conflicto de las leyes” se dice de una situación que tiene puntos de contacto con varios países, de manera que la duda es *a priori* permitida sólo en cuanto a la ley aplicable a esta

veces incluso basta para revelarlo con hacerse ciertas preguntas en un determinado orden²⁹.

En fin, el ejemplo permite sugerir el vínculo entre la teoría y el razonamiento. Cualquiera sea el tipo de discurso adoptado, razonar consiste siempre en inscribirse dentro de cierta teoría y de tomar a su interlocutor como testigo de la pertinencia establecida de algunas de las frases de esta teoría para convencerlo de la pertinencia, no establecida aún, de las frases siguientes de esta misma teoría³⁰. Se sigue que la adopción simultánea de dos teorías incompatibles entre ellas provoca problemas de razonamiento: paradojas, círculos viciosos, peticiones de principios, contradicciones, etc.³¹

14.- Quedan dos precisiones que aportar antes de leer el díptico que contrasta la teoría monista y la teoría pluralista hasta en sus desarrollos dentro del derecho internacional privado: la razón por la cual el monismo ha podido ejercer –y continúa ejerciendo– una influencia en esta materia, y el nombre que toman respectivamente en derecho internacional privado las teorías monista y pluralista.

situación (será aquella del “orden jurídico competente”); en la segunda teoría, el “conflicto de las leyes” se refiere a una situación que quieren concurrentemente regular las leyes de varios países (cada una de estas leyes “se pretende aplicable”).

²⁹ En la primera teoría, las principales preguntas de derecho internacional privado (1 a 3) preceden la pregunta de la determinación del campo de aplicación de la ley en el espacio, que es una pregunta de derecho material (4). Mientras que en la segunda teoría, las preguntas de determinación del campo de aplicación de las leyes en el espacio, que son preguntas de derecho material (1 y 3), preceden las preguntas de derecho internacional privado (respectivamente: 2 y 4 a 7).

³⁰ Para mayor precisión y ejemplos, v. Didier BODEN, *op. cit.*, n^{os} 409-410, y los reenvíos a Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, París : PUF, 1987, pp. 18 y 23, y a Joe VERHOEVEN, “Droit international public et droit international privé: où est la différence?”, *APD* 1987, vol. 32, pp. 23-34, esp. 34.

³¹ En una carta dirigida el 20 de septiembre de 1923 a Arthur STANLEY EDDINGTON, Wolfgang PAULI había hecho notar que la contradicción entre los fenómenos de interferencia y los “*quanta* de luz” de EINSTEIN venían “simplemente de lo que nos separamos de las LEYES de la teoría clásica pero que continuamos siempre trabajando con los CONCEPTOS de esta teoría”. V. Catherine CHEVALLEY,

La razón de la influencia monista en esta materia debe ser buscada en dos movimientos que datan de la segunda mitad del siglo XIX: Uno, que obtiene su fuente en SAVIGNY, y que limita el empleo del derecho internacional privado al *gemeines Recht* (es decir, en lo que se había convertido el *jus commune* a mediados del siglo XIX en Alemania, y que venía a completar un derecho civil consuetudinario común a los Estados alemanes de derecho no codificado); el otro, que podríamos atarlo a MANCINI, y que hacía del derecho internacional privado una parte del derecho de gentes (y por consiguiente un derecho universal, único, de fuente convencional o consuetudinaria).

El derecho internacional privado de hoy en día, ha abandonado completamente la hipótesis de un derecho civil común (que variaría sólo mínimamente, al igual que la lengua alemana, de Viena a Eupen y de Luxemburgo a Berlín), y la hipótesis de un derecho internacional privado verdaderamente internacional y repartidor de las competencias. Pero, al igual que esos ateos que no pueden dejar de exclamar “¡Gracias a Dios!” o “¡Dios nos guarde!”, el lenguaje de esta rama del derecho guarda trazos de esta herencia doctrinal del siglo XIX, material y formalmente monista.

En fin, importa saber que, por razones que serán comprendidas a medida de la lectura del díptico, el monismo en derecho internacional privado ha tomado el nombre de bilateralismo, y el pluralismo ha recibido el nombre de unilateralismo.

“Introduction”, in Niels BOHR, *Physique atomique et connaissance humaine* (1958), trad. fr. de Edmond BAUER y Roland OMNES (1961), París : Gallimard, 1991, p. 51.

B.- Díptico teórico

15.- El monismo jurídico y el pluralismo jurídico pueden ser expuestos someramente, de la siguiente manera:

A.- Monismo

A.1.- Todas las normas jurídicas obtienen su juridicidad de una norma común y a la vez *única* (para Hans KELSEN: la *Grundnorm*). Hay *sólo* un ordenamiento jurídico.

A.2.- Toda pregunta referida a la validez de una norma, sobre su significado o sobre su campo de aplicación, depende de reglas de las que se debe mostrar si provienen jerárquicamente de la *Grundnorm* por una cascada (o por una cadena) de habilitaciones. Toda interrupción dentro de esta cascada priva de validez a todas las normas subsecuentes; toda destrucción de un eslabón de esta cadena priva de validez a todos los eslabones siguientes. Recíprocamente, todo lo que designa, todo lo que habilita una norma válida lo que esta dispone (y lo que lo habilita) lo

B.- Pluralismo

B.1.- Cada norma jurídica obtiene su juridicidad del ordenamiento jurídico del cual depende. Hay *varios* ordenamientos jurídicos, irreductibles los unos de los otros.

B.2.- Cada ordenamiento jurídico fija el mismo las reglas de validez de sus normas, su significado y su campo de aplicación. Si no se excluye toda jerarquía, (especialmente para resolver las preguntas de validez), el ordenamiento jurídico no se reduce a ella ya que se encuentran en su seno normas (interpretaciones lícitas y habituales, razonamientos autorizados, etc.) cuya habilitación o rango buscaríamos en vano, y cuya positividad no es impugnada. Las normas de cada ordenamiento jurídico deben ser consideradas como un todo, sin que su juridicidad dependa necesariamente de una jerarquía de

transforma en jurídico, por contagio, habilitaciones.
como el Rey Midas transformaba en oro todo lo que tocaba.

A.3.- De lo que podría parecer como de otros ordenamientos jurídicos, se dirá simplemente una de las dos cosas siguientes: o bien son reductibles al primer orden (el que tiene a la *Grundnorm* en su cima) y por tanto es de él de quien obtendrán su juridicidad; o bien le son irreductibles, y por tanto no serán revestidos de ninguna juridicidad.

B.3.- Hay tantas juridicidades como ordenamientos jurídicos. Cada uno obtiene su juridicidad de sí mismo. A este respecto, es indiferente que las normas de un ordenamiento (o este ordenamiento completo) no sean consideradas como jurídicas por tal o tal otro ordenamiento. Por lo demás, la decisión de dar efecto a normas externas (en SANTI ROMANO: la decisión de tornarlas *relevantes*) depende sólo del ordenamiento jurídico de acogida.

A.4.- Toda norma jurídica que permita acoger una norma externa *reviste a ésta de juridicidad*. Todo ordenamiento jurídico que acoja las normas que emanan de una entidad hasta ahora externa, *la torna jurídica* y se la apropia (en la medida en que acoja sus normas). Se dirá también que *habilita* a esta entidad para tomar normas jurídicas. En las relaciones entre Estados, un monista podrá decir

B.4.- Una norma jurídica que permita acoger una norma externa, solamente hace producir a la norma acogida los efectos que dependen del ordenamiento jurídico de acogida. Esos efectos son internos en lo que es el ordenamiento jurídico de acogida que los concede. La norma externa recibe tales efectos en calidad de norma externa: ella no es *naturalizada*. Negarlo sería un atentado a la

que el Estado de acogida *naturaliza* las normas extranjeras. Una vez acogida, la norma *naturalizada* produce los efectos de una norma interna ya que *se ha convertido* en una norma interna.

integridad de esta norma. Ninguna pregunta de respeto a la jerarquía de las normas internas puede por tanto formularse, ya que la norma externa *no* es una norma interna, aún cuando el ordenamiento jurídico de acogida le asocie efectos internos.

A.5.- El rechazo de acoger una norma externa y su nulidad son sinónimos puesto que la nulidad es una apropiación destructora de la norma y de su pretensión para acceder a la jurisdicción, y que el rechazo de acoger una norma externa impide que ella acceda a esta jurisdicción.

B.5.- El rechazo de acoger una norma externa no significa privarla de su jurisdicción puesto que esta norma tenía su jurisdicción de su ordenamiento jurídico de origen. Podemos decir que una privación de efecto es una privación de *relevancia*, pero no podemos decir que sea una anulación.

A.6.- El ordenamiento jurídico único puede habilitar a los sub-órdenes para producir normas que de un sub-orden a otro, serán diferentes. Ellas no serán por ello menos jurídicas. Pero ningún sub-orden podrá contradecir ciertas normas sustantivas emanadas de la cima del ordenamiento jurídico. En esto, el ordenamiento jurídico en su conjunto tiene una cierta sustancia, que se reencuentra en cada sub-

B.6.- Cada ordenamiento jurídico produce sus propias normas. Es posible que difieran de un ordenamiento al otro. Esta circunstancia no tiene consecuencias sobre su jurisdicción.

orden.

A.7.- La habilitación es necesariamente limitada, si no, los sub-órdenes podrían destruir las normas por las cuales la juridicidad les ha sido atribuida. Las normas de habilitación, que son comunes (al menos en la cima) son por tanto jerárquicamente superiores a las normas a las cuales transmiten la juridicidad. En esto, la diversidad es ordenada.

B.7.- Puesto que el rechazo de acoger una norma externa no tiene poder para privarla de su juridicidad original, la norma que ordena la acogida (o su rechazo) no puede ser presentada como jerárquicamente superior a la norma acogida. La diversidad de las normas, de un ordenamiento jurídico al otro, no está sometida a ninguna regla superior común.

A.8.- Hay sólo un conjunto de normas de habilitación que transmite la juridicidad a las normas habilitadas, repartiendo las competencias, y ordenando a cada sub-orden aplicar las normas de los otros sub-órdenes puesto que éstas están correctamente habilitadas.

B.8.- Cada ordenamiento jurídico decide por sí mismo las condiciones bajo las cuales, y los casos en que, haya dispuesto dar efecto a las normas de otros ordenamientos jurídicos. En esa elección, no está sometido a ninguna regla que le sea externa.

A.9.- El lenguaje de las normas de habilitación, y las grandes categorías que éste delimita, son comunes a todos los sub-órdenes habilitados, y por tanto uniformes. Esto no impide que esas grandes categorías sean

B.9.- El lenguaje de las normas que imponen que se dé un efecto a las normas internas (y aquel de las normas que ordenan bajo condición que se dé efecto a las normas externas) no es común a los diversos

subdivididas de manera diferente de ordenamientos jurídicos y no tiene un sub-orden a otro (*cf.* A.6.) ninguna razón de ser uniforme.

A.10.- Todo rechazo de parte de un sub-orden vendría a negar la juridicidad de las normas de otro, es decir a negar su habilitación, es decir a violar la jerarquía de las normas de donde recibe él mismo su habilitación.

B.10.- Un primer ordenamiento jurídico, rechazando dar efecto a la norma de un segundo ordenamiento jurídico, no viola ninguna norma superior que sería común a los dos ordenamientos. Por este rechazo, no reniega de ninguna manera sus propios fundamentos.

A.11.- No obstante, en el caso donde un primer sub-orden haya dictado, en virtud de una habilitación, una norma aplicable a una especie igualmente aludida por la norma de un segundo sub-orden, habrá una antinomia de las normas, a resolver según una regla de predominio.

B.11.- Cuando la norma de un ordenamiento jurídico incluye una situación en su campo de aplicación (regla de delimitación), ella debe serle aplicada (regla – o, mejor dicho: *aspecto* – de aplicabilidad). En ese caso, la aplicación de una norma externa está excluida.

A.12.- Esas antinomias son *anomalías*, ya que las reglas de habilitación son repartidoras de competencias. Esas antinomias se explican sólo por una *imperfección* de la repartición, que dio a dos sub-órdenes, competencias que se *yuxtaponen*. Hay sólo dos formas de solucionar el

B.12.- Los casos en que un ordenamiento jurídico rechaza visualizar la aplicación de una norma externa que quiere ser aplicable, son potencialmente numerosos ya que cada ordenamiento jurídico decide por sí mismo el campo de aplicación de sus normas (y, consecuentemente,

problema: 1. Considerar que la de su aplicabilidad: *v. supra*, B.11.), y
habilitación repartidora incluye una que decida él mismo,
regla de predominio que permite a correlativamente, de la amplitud de su
cada sub-orden, en caso de antinomia, rechazo de dar efecto a las normas
dar a sus propias normas un rango externas (aún cuando todo rechazo de
superior a aquellas de otros sub- dar efecto a las normas exteriores no
órdenes (esta presentación puede sea necesariamente motivado por una
valerse de la idea que la norma voluntad de aplicar las disposiciones
acogida es *naturalizada* por el sub- de la *lex fori*: *v. infra*, B.13 a B.15).
orden de acogida, y que en calidad de
norma *ahora interna*, depende de
reglas de predominio, por definición
internas); 2. Mejorar el único cuerpo
de reglas de habilitación de manera de
hacer desaparecer la superposición de
las competencias.

En los dos casos, es una regla de
predominio (el predominio del único
cuerpo de reglas de habilitación o el
predominio de las normas de cada
sub-orden hacia aquellas de otros
ordenamientos) entre normas del
ordenamiento jurídico único que
resuelve el problema.

A.13.- Fuera de esta hipótesis de la B.13.- Otra es la hipótesis del
antinomia de dos normas igualmente ordenamiento de acogida que no ha
habilitadas pero que emanan de dos previsto aplicar ninguna de sus
sub-órdenes diferentes (y de su normas, y que está dispuesto a acoger

solución: el predominio), todo rechazo de aplicar la norma de otro sub-orden violaría la jerarquía de las normas. En efecto, no se puede sostener simultáneamente que la norma de otro sub-orden debidamente habilitada es derecho aplicable, por una parte, y, por otra, que no se puede aplicar. Toda invocación por un sub-orden de una de esas normas *inaplicables* con el fin de provocar un obstáculo en la aplicación de la norma de otro sub-orden sería una contradicción en los términos: efectivamente, sólo puede invocarse una norma, con el único fin de aplicarla.

la norma de otro ordenamiento jurídico, pero contrastando excesivamente con las normas (por hipótesis no aplicables) del ordenamiento jurídico de acogida. El exceso de este contraste será el motivo de un rechazo, por parte del ordenamiento jurídico de acogida, de dar efecto a la norma externa. Este rechazo no es el fruto de ninguna contradicción: la condición de armonía interna (es decir de la exigencia que el contraste entre la norma exterior candidata a ser acogida y las normas internas, no aplicables, no sea excesivo) requiere *por definición* que se compare aquéllas con éstas.

A.14.- Los “*principios generales del derecho*” sólo son reglas, tan generales y abstractas como las leyes, y que son dictaminadas por los jueces, o a veces por el mismo legislador (se puede unir al legislador, el constituyente o las Altas Partes Contratantes). Esas reglas tienen necesariamente un rango jerárquico: el de la norma que podrá abrogarlos, y que es necesariamente superior a

B.14.- Esa comparación no es la confrontación entre la norma externa y la norma que en el ordenamiento de acogida, le correspondería (suponiendo que existe una). Se trata más bien de confrontar el efecto que se trata de otorgar a la norma externa a los principios generales que se sacan de las normas no aplicables del ordenamiento de acogida y de las cuales se dirá que ellas han inspirado

aquel de las normas que esos principios pueden invalidar. Toda vez que se pretende “sacar un principio de las normas escritas” (es decir cuando los jueces, en su actividad jurisprudencial, es decir cuasi-legislativa, elaboran una regla que busca inspirarse en lo que el legislador habría decidido en su lugar y que ellos crean poder encontrar la sustancia de su voluntad potencial en las ocurrencias de su voluntad pasada), ese principio tendrá el mismo rango que esas normas escritas. En definitiva, si se admite que la jurisprudencia es una fuente de *reglas de derecho*, la categoría de “los principios generales del derecho” es redundante.

éstas. No se exigirá del efecto requerido, que pueda asimismo valerse de esta inspiración, pero se exigirá simplemente que el contraste entre ese efecto y esta inspiración no sea excesivo. Lo que se llama “principios generales del derecho” es una técnica, irreductible a cualquier otra, que permite (entre otras cosas) invocar normas no aplicables para guiar la elección entre dar o rechazar dar efecto a una norma externa. Esta técnica no tiene rango jerárquico. Que las normas escritas pero no aplicables que sirvan de punto de partida tengan, ellas mismas, un rango jerárquico no tiene relevancia puesto que se trata, por hipótesis, de normas *no aplicables*, y que la pregunta del rango jerárquico se formule sólo en caso de contradicción entre dos normas derivadas de un mismo ordenamiento jurídico y que sean simultáneamente *aplicables*.

A.15.- De forma similar, lo que llamamos “orden público” sólo puede ser la locución epíteta del sustantivo *regla*. En efecto, sólo se emplea para

B.15.- Cuando se dice que “el orden público del ordenamiento jurídico de acogida sería vulnerado si el efecto requerido fuera dado a la norma

designar las *reglas imperativas* o para hablar de un hecho jurídico (el “*orden en la vía pública*”, etc.). Sería mejor pues prohibir esta expresión del lenguaje jurídico y sólo referirse a *reglas e imperatividad*. Cuando se dice que “*el orden público del ordenamiento jurídico de acogida sería vulnerado si el efecto requerido fuera conferido a la norma externa*”, en realidad esto significa que una regla de orden público del sub-orden considerado se aplica, y, desde ahí, que ninguna regla externa al sub-orden pueda ser aplicada. En derecho internacional privado, hablamos de orden público *internacional* para indicar de que regla de predominio se trata: *la imperatividad internacional* (es decir, más precisamente: el predominio de la regla de derecho internacional privado que designa la *lex fori*, sobre la regla de derecho internacional privado que habría de otro modo designado una ley extranjera).

A.16.- Si todos los sub-órdenes tienen vocación para recibir la misma habilitación, se puede esperar ver en

externa”, esto significa simplemente que el rechazo de dar efecto a la norma externa es motivado porque este efecto contrastaría en gran medida con los principios generales del ordenamiento jurídico de acogida, principios sacados de *normas no aplicables* a las cuales no se puede (por un cambio de idea declarándolos aplicables) reducir ni la técnica de los principios generales del derecho, ni la técnica del orden público (siendo esta técnica, sólo una de las especies del género que constituye esta misma).

B.16.- Puesto que cada ordenamiento jurídico fija él mismo sus reglas de acogida, no hay ninguna razón de

la aplicación por cada sub-orden de las normas de otros sub-órdenes un grado elevado de *reciprocidad*. Ese grado dependerá de la *perfección* de la regla de repartición de las competencias y del mayor o menor uso que hayan hecho los sub-órdenes del poder de producción de las normas (y por tanto, *en caso de imperfección de la regla de repartición* de las competencias, del poder de producción de las antinomias, únicas causas de rechazo de aplicar una norma de algún otro sub-orden) de que estaban habilitados.

A.17.- Es así en razón de una doble completitud. La primera es la completitud material de cada sub-orden (cada sub-orden tiene respuesta para todo). Esta completitud provocaría un conflicto universal de leyes para toda pregunta (todo sub-orden tiene respuesta para toda pregunta), si las reglas repartidoras de competencias y las reglas de predominio (dos caras de una misma noción: la habilitación), no lo previeran volviendo competente un único sub-

esperarse una reciprocidad en los efectos que los ordenamientos jurídicos acepten o rechacen otorgar a las normas que les sean externas. Ciertamente, dos ordenamientos jurídicos de concepciones muy diferentes serán frecuentemente llevados a oponerse mutuamente un gran número de rechazos, pero no hay que ver allí la reciprocidad: es posible que la norma de uno contraste con las normas no aplicables del otro, sin que se cumpla lo recíproco.

B.17.- Ningún ordenamiento jurídico es materialmente completo, y la suma de los ordenamientos jurídicos tampoco lo es. No hay ni completitud material ni completitud de repartición de competencias. De dos cosas, una: sea que el ordenamiento jurídico considerado decreta una norma relativa a cierta situación o a cierta categoría de situaciones; sea que no prevenga nada él mismo y esté dispuesto a acoger la norma de otro ordenamiento jurídico. En la segunda

orden. Ahí está el objeto de la segunda completitud: aquella repartidora de competencias (siempre hay un sub-orden competente). La primera completitud concierne a la universalidad de las normas concebidas en su abstracción racional; la segunda concierne la armonía de las normas concebidas en su imperatividad (*i.e.* en su dependencia del *imperium* de un Estado soberano).

hipótesis, aún falta distinguir si una norma externa cumple todos los requisitos necesarios para su acogida (*v.infra*), o que ninguna de ellas los cumpla –entonces, será la señal que el ordenamiento jurídico al cual la pregunta es sometida, le es indiferente (o, para decirlo de otro modo, pero esta expresión se aplica sólo a algunas situaciones: que esta situación no dependa de ninguna norma jurídica).

A.18.- Cada sub-orden está materialmente completo ya que, en lo que concierne a las reglas, que son todas del tipo “A implica B”, la ausencia, en la legislación del sub-orden designado, de una disposición que prevé explícitamente que “A implica B” debe ser asimilada bajo la presencia de una regla que prevea explícitamente que “A no implica B”. Cuando uno pretende aplicar una legislación extranjera, sacar reglas que no constan expresamente en ésta y que la jurisprudencia extranjera no ha encontrado en ésta, no significa apartarse de esta legislación. Es sólo

B.18.- Salvo desconocer la integridad de las normas, no hay ninguna razón para que el juez, conociendo de un litigio, aplique una ley que no se quiera aplicar, o (pero es sólo una variante de lo que acaba de mencionarse) pretender aplicar una regla completamente inventada y de la cual se buscaría en vano la expresión en la ley pretendidamente aplicada o en la jurisprudencia extranjera resultante. Sólo los órganos del ordenamiento jurídico extranjero considerados están habilitados para llenar las lagunas de su legislación. Si no lo han hecho, hay que dar cuenta de la laguna; si lo han

una *necesidad lógica*, consubstancial a la completitud.

hecho, es necesario tomar nota de la norma que han elaborado.

A.19.- En definitiva, las hipótesis de rechazo son una cuestión de reglas igualmente aplicables, de igual precisión y de contenido contradictorio, cuya antinomia está resuelta con la aplicación de una regla de predominio.

B.19.- En definitiva, las hipótesis de rechazo formarán una casuística que varía según el efecto requerido (reubicándolo en su contexto específico) y según los principios generales que se sacan de las normas no aplicables del ordenamiento jurídico de acogida.

A.20.- Kelsen propone dos versiones del monismo. En la primera versión (califiquémosla como *universalista*), la *Grundnorm* es internacional y es ella quien habilita a los ordenamientos estatales. La juridicidad de las normas estatales deriva por tanto de esta habilitación por el derecho internacional público. Un Estado no puede negar la juridicidad del derecho de otro Estado sin negar a la vez la propia.

B.20.- No hay *Grundnorm* en la teoría pluralista; así como no hay centro cósmico alrededor del cual gravitarían todas las galaxias. Por tanto, no debemos preguntarnos si los Estados giran alrededor del derecho internacional público o si es el derecho internacional público y todos los Estados excepto Austria que gravitan alrededor de éste; como tampoco debemos preguntarnos, si la Nebulosa de Orión gira alrededor de la Vía Láctea, o si al contrario, es ésta que gravita alrededor de aquella, o si ambas giran a la vez alrededor de un mismo centro.

En la segunda versión, la *Grundnorm* es estatal (por ejemplo: austriaca) y todo lo que se llame derecho sólo es derecho en razón de una habilitación austriaca (en nuestro

ejemplo): el derecho internacional público sólo es derecho en razón de una regla de derecho constitucional austriaco que lo juridifique; los derechos estatales extranjeros son derecho sólo en razón de su designación por el derecho internacional privado austriaco, etc. Kelsen compara esta segunda versión del monismo al *solipsismo*.

El monismo universalista y el monismo solipsista son a menudo llamados (en la literatura de derecho constitucional relativo a las relaciones entre derecho internacional y derecho estatal): monismo con primacía del derecho internacional y monismo con primacía del derecho estatal. Hay que acercarlos respectivamente, en la literatura del derecho internacional privado, del bilateralismo universalista y del bilateralismo particularista.

A.21.- En derecho internacional privado, la regla de designación de la ley aplicable confiere su juridicidad a la ley aplicable. El cuerpo de reglas de designación –que procede del *universalismo* (siendo entonces el

B.21.- Cada Estado tiene su propio derecho internacional privado, que está formado por reglas de recepción de normas extranjeras, y de la regla que torna aplicables las normas internas a las situaciones que entran

derecho internacional privado en su campo de aplicación (esta última presentado como una parte del derecho internacional público) o del *solipsismo* (siendo entonces el derecho internacional privado presentado como una parte del derecho estatal) – es único. El derecho internacional privado está entera y exclusivamente constituido por reglas de designación bilaterales (*bilaterales* en el sentido que designan ora el sub-orden de referencia, ora otro sub-orden).

A.22.- La regla de designación es substancialmente indiferente en el sentido que, entre los sub-órdenes, aquel que será habilitado por ella no lo será en razón de su sustancia. Pero ella no es, de ninguna manera, substancialmente indiferente, en el sentido que todos los sub-órdenes comparten una misma sustancia (A.6), que sólo varía ligeramente, en sus modalidades, de un sub-orden al otro. Es en virtud de ese presupuesto sustancial que la regla de designación puede funcionar de manera que, estando definido el presupuesto, será

B. 22.- El derecho internacional privado de un Estado, para existir y ser puesto en acción, no parte de la idea que todos los ordenamientos jurídicos del mundo tienen una sustancia común. En ese sentido, es substancialmente indiferente. Pero sólo puede mantener la armonía interna de su ordenamiento (B.13) sometiendo el otorgamiento de efectos a normas de origen externo a condiciones que puedan ser sustanciales. Es porque está *a priori* abierto a las normas del mundo entero y obligado a mantener la armonía interna de su

en lo sucesivo sustancialmente indiferente. ordenamiento, que el proceso en el cual consiste (B.29) debe ser – parcialmente- sustancial.

A.23.- El lenguaje de este único derecho internacional privado es único. Sus categorías no tienen competidores. Es el derecho sustantivo de referencia, es decir el que es, de forma difusa, común a todos los sub-órdenes en presencia (A.6), el que indica lo que son las relaciones de derecho (“*matrimonio*”, “*propiedad*”, “*arrendamiento*”, etc.). B.23.- Cada derecho internacional privado estatal tiene su propio lenguaje y sus propias categorías. No hay relación de derecho fuera de leyes precisas: se puede hablar de “*matrimonio*”, de “*propiedad*” o de “*arrendamiento*”, sólo en el sentido de una determinada ley. Variando las leyes de un Estado al otro, no hay taxonomía común de las “*relaciones de derecho*”.

A.24.- Si la repartición de las leyes que opera ese cuerpo de reglas es perfecta, no hay conflicto de leyes. Entonces, el derecho no es solamente completo (A.17) sino también unívoco: a cada pregunta de derecho se aplica sólo una regla de derecho: la que está designada por la regla de designación. En una teoría bien ordenada, un conflicto de leyes es una imposibilidad conceptual. B.24.- No estando todos los Estados dispuestos a *acoger*, en su seno, el mismo género de normas extranjeras, ni a *imponer* a los otros ordenamientos jurídicos el mismo género de normas internas, aparecen conflictos, que son a menudo calificados – por desgracia- como *positivos* (cuando varios Estados quieren imponer su norma) o como *negativos* (cuando ningún Estado quiere imponer su norma).

A.25.- Las reglas de designación B.25.- Los Estados extranjeros

realizan una delimitación de los campos de aplicación respectivos a las leyes del mundo: *habilitando, la regla de designación delimita*. En la versión del monismo que procede del solipsismo, el campo de aplicación de las leyes extranjeras es delimitado por la proyección sobre el universo entero de las reglas que delimitan el campo de aplicación de la *lex fori*. (Ello no significa que no haya diferencia entre reglas de derecho internacional privado y las reglas de delimitación; simplemente, las reglas de delimitación del foro servirán naturalmente de modelo para las reglas de su derecho internacional privado.)

A.26.- No hay “*voluntad que tienen las normas de recibir efecto*”: las leyes son reglas sustanciales (simples modelos de una validez potencialmente universal) que son o no designadas por un cuerpo único de reglas de designación (la regla sustancial recibe su imperatividad de la regla de designación que la designa).

delimitan ellos mismos el campo de aplicación de sus normas (reglas de delimitación), y ellos mismos imponen la obligación de aplicar sus normas a las situaciones que entran en el campo de aplicación de éstas (esta obligación se expresa en las reglas de derecho internacional privado, que cuando son extranjeras, el foro no obliga sólo a ellas, a darles curso). De ahí lo que se llama por afán de brevedad la “*voluntad que tienen las normas de recibir efecto*”.

B.26.-No hay ninguna razón para aplicar una norma que no lo quiera, cuando otra norma, tolerable, lo quiera. En cambio, es perfectamente concebible que haya diferentes grados dentro de esa voluntad, y, por ejemplo, que un Estado esté dispuesto a aplicar su norma sólo en los casos de ausencia de voluntad de otros Estados de hacer aplicable la suya. (Si

varios Estados están en tal disposición de espíritu, se puede pasar de un conflicto negativo a título principal, a un conflicto positivo a título subsidiario).

A.27.- Las reglas de designación – que, designando, habilitan (A.2), y que, habilitando, habilitan sólo dentro de ciertos límites (A.7, A.25)- son reglas de delimitación primaria de los campos de aplicación respectivos de las leyes del mundo. Ellas son distintas a esas leyes. Las primeras son únicas; las segundas son diversas. Ello no excluye que las leyes sustanciales designadas se subdividan y prevean regímenes distintos según las personas, las regiones, etc.: se podría llamar esas reglas de delimitación, internas a las leyes sustantivas: reglas de delimitación secundaria del campo de aplicación (A.33).

B.27.- Las reglas de delimitación del campo de aplicación de las disposiciones sustanciales de un ordenamiento jurídico son indisociables de éstas (de otro modo sería atentar contra su integridad); ellas forman un conjunto, que depende de un sólo ordenamiento jurídico. En cambio, no basta que una situación de hecho sea apuntada por tal conjunto para que los otros ordenamientos jurídicos estén obligados a dar su efecto ya que cada ordenamiento jurídico fija él mismo las condiciones bajo las cuales da efecto a las normas que le son externas (B.8).

A.28.- En derecho internacional privado, los problemas que dependen de lo que se llama “orden público” son sólo casos de aplicación de

B.28.- El respeto del “orden público” de derecho internacional privado es una de las condiciones por las que un Estado decide dar efecto a la norma

disposiciones de la ley del foro de otro Estado. El respeto de esta designadas por una regla de conflicto. condición consiste en no cruzar el Para resolver esos problemas, no es límite más allá del cual, el contraste necesario esperar que sobrevenga un entre el efecto que se considera dar en litigio (o imaginarlo): se pueden la especie a una norma extranjera y regular de manera apriorista, general y los principios generales del abstracta, ya que basta con constatar ordenamiento jurídico de acogida, es que la regla de designación (regla excesivamente grande. Ello sólo general, abstracta y ya conocida) puede determinarse caso a caso, ya designa una ley del ordenamiento que la contemplación del efecto jurídico del foro (ley que, ella también, requerido (muy específico y dependiente de circunstancias muy concretas) y aquella de la norma extranjera considerada (por hipótesis desconocida hasta que se la produzca) son previas a la decisión de otorgar o rechazar este efecto a esta norma.

A.29.- El derecho internacional privado está formado por un conjunto de reglas de designación, cada una de las cuales puede ser formulada de la siguiente manera: *“La relación jurídica está sometida a la ley del Estado sobre el territorio bajo el cual la relación tiene su sede (Sitz)”*. Toda pregunta de derecho internacional privado se reduce por tanto a este

B.29.- El derecho internacional privado de un Estado está formado por reglas de recepción de normas extranjeras, por una parte, y, por otra, de la regla que impone la aplicación de normas internas a las situaciones que entran en el campo de aplicación de éstas (en realidad, esta regla no es más que un aspecto de esas normas: ella se hace una con ellas). El derecho

razonamiento en tres etapas:

- 1º- *La relación de derecho* debe ser calificada según el lenguaje jurídico único (común en la versión universalista; propia del ordenamiento jurídico del foro en la versión solipsista);
- 2º- *El criterio de designación* que constituye la sede de la relación designa la ley a la cual la relación está sometida;
- 3º- *La ley a la cual la relación está sometida* debe ser aplicada puesto que la relación de derecho *está sometida a ella*.

Se notará que las tres cuestiones del razonamiento pluralista (v. al lado) reciben, en la teoría monista, una respuesta común y sincrónica:

- 1º- (Elegibilidad). Una sola ley es elegible: aquella del Estado sobre cuyo territorio la relación tiene su sede. Esta ley es aplicable, lo quiera o no.
- 2º- (Elección). Hay sólo una candidata: la ley del Estado sobre cuyo territorio tiene su sede la relación. No hay conflicto de leyes, en el razonamiento monista.

internacional privado se aplica siguiendo un razonamiento en tres etapas:

- 1º- *La elegibilidad de las normas depende de su validez y de su auto-designación*. Es posible dar efecto a una norma extranjera sólo si es originalmente válida y si requiere que se le dé efecto.
- 2º- *La elección de una norma depende de dos criterios: el lexforismo y la efectividad*. Si varias normas son originalmente válidas, requieran que se les de efecto simultáneamente, y esos efectos son incompatibles, hay que distinguir según si una de ellas depende del ordenamiento jurídico de acogida, o si son todas extranjeras. En el primer caso, es la norma del ordenamiento jurídico de acogida que predomina (lexforismo). En el segundo caso, solamente será retenida la norma más efectiva, es decir aquella que dependa del ordenamiento jurídico extranjero en el seno del cual la norma del ordenamiento jurídico de acogida que se trata de elaborar,

3º- (Observancia). Es la regla de designación la que impone aplicar a la relación jurídica la ley a la cual ella está sometida. No aplicar esta ley, es desobedecer la regla de designación.

tiene las mayores posibilidades de tener, a su turno, que requerir que se le de efecto.

3º.- *El deber de otorgar el efecto (observancia) depende del respeto al orden público.* El ordenamiento jurídico de acogida se impone rechazar o dar efecto a la norma extranjera elegida según si ese efecto, de ser dado, crearía o no un contraste excesivo con los principios generales que emanan de sus propias normas, por hipótesis no aplicables. De esta manera, es la fuerza propia de la norma extranjera que el ordenamiento jurídico de acogida acepta relevar; es por esta fuerza que decide, si llega el caso, prestar ayuda.

A.30.- Cuando el derecho internacional privado somete una relación de derecho (por ejemplo y por excelencia: un contrato) a la ley elegida por las partes, *la elección de la ley aplicable es por tanto, como sede de la relación de derecho, el criterio de designación* previsto por la

B.30.- Un contrato es un acuerdo de dos voluntades con miras a producir efectos de derecho. Contratar significa por tanto buscar los efectos de un determinado derecho. Contratar, es querer elaborar una norma que pertenezca a un determinado ordenamiento jurídico. Es a este

regla de designación. Ese criterio de designación, para ser eficaz, debe él mismo ser validado por una ley. Esta ley no puede ser la ley elegida puesto que la ley elegida tiene título para aplicarse sólo si la elección es válida. En caso de anulación del contrato por la ley elegida, ya que no se puede pretender sin contradicción que las partes hayan entendido elegir una ley que invalidara su contrato, el criterio de designación que es la elección de las partes debe ser abandonado, en beneficio de un criterio objetivo subsidiario.

Lo más ortodoxo entonces sería considerar que la voluntad de las partes es sólo un hecho jurídico, al mismo título que el acaecimiento de un delito civil (que no es ni nulo ni válido), que ese hecho localiza el contrato (como el lugar del delito localiza el delito), y que no está sometido, como criterio de designación, a ninguna ley.

A.31.- Así como una relación de derecho cae bajo la competencia del Estado sobre cuyo territorio tiene su

ordenamiento jurídico a quien le corresponde decidir si la norma a que se ha querido dar nacimiento en su seno ha nacido o no. Por tanto corresponde a la ley “elegida” decir si la “elección de la ley” es válida o no. No se debe someter a un derecho distinto de aquel del ordenamiento jurídico bajo el seno del cual las partes han entendido dar nacimiento a su contrato, la pregunta de saber si ellas podían o no hacerlo nacer. Anular un contrato en virtud de la ley “elegida” es tan poco contradictorio como anular en virtud de una ley pretendidamente no “elegida”: en los dos casos, el juez constata el fracaso de la tentativa de elaborar una norma en el seno de un cierto ordenamiento jurídico.

B.31.- La calidad de nacional de un Estado depende de la ley del Estado cuya calidad de nacional se trata,

sede (*Sitz*), así mismo una persona eligiendo cada Estado él mismo a sus cae bajo la competencia del Estado nacionales, según sus propios sobre cuyo territorio tiene su domicilio criterios. (*Wohnsitz*).

A.32.- Se pueden concebir varias versiones monistas del derecho internacional privado. Por ejemplo, el criterio de designación, fijado de una vez por todas y de forma general y abstracta, puede ser único para cada gran categoría jurídica de preguntas (validez del matrimonio, eficacia de un hecho extracontractual, etc.) y variar (nacionalidad, lugar de acaecimiento, etc.) de una categoría a otra, o no variar de una gran categoría jurídica de preguntas a otra, pero tener una consistencia única (en cada caso la ley “más próxima” o “la más apropiada”, o “la más justa”) que se concreta diferentemente de una especie a la otra.

Lo importante es jamás otorgar importancia a la voluntad que tienen las leyes extranjeras para aplicarse. La regla de designación designa las leyes: ello es necesario y suficiente para hacerlas aplicables.

B.32.- Se pueden concebir varias versiones pluralistas del derecho internacional privado. Por ejemplo, el *lexforismo* como criterio de elección podría ser suprimido, en beneficio de una puesta en acción exclusiva del criterio de efectividad. Lo importante es no hacer aplicables normas que no quieran serlo, cuando al menos una quiera aplicarse y sea tolerable. De la misma forma, en los regímenes políticos contemporáneos, nadie pensaría en confiar el poder a una persona que no lo quiera, si al menos otra persona igual de tolerante, lo quisiera. Ello no excluye que en caso de conflicto de voluntades de ejercer el poder y bajo igualdad de títulos de los candidatos a ejercerlo (igualdad de votos obtenidos, por ejemplo), haya que someterse a un criterio de elección –de ELECCIÓN entre candidatos, y no de DESIGNACIÓN de un no candidato- más o menos

arbitrario pero previsto por adelantado (el candidato de más edad, sorteo, etc.). Ello no excluye tampoco que en caso de necesidad calificada como imperiosa, se remedie la ausencia de candidatura por un expediente previsto por adelantado.

A.33.- La distinción entre reglas de delimitación primaria del campo de aplicación de las normas (es decir reglas de derecho internacional privado, es decir reglas de designación del sub-orden competente), por una parte, y, por otra, reglas de delimitación secundaria del campo de aplicación de las normas (es decir reglas que delimitan el campo de aplicación de una norma *ratione materiae, personae, loci, temporis*, etc.), aparece claramente cuando el sub-orden hecho competente por el cuerpo primario de reglas de designación comprende varias normas, cuyos campos de aplicación respectivos están delimitados por un cuerpo secundario de reglas distributivas.

B.33.- La distinción entre las reglas que delimitan el campo de aplicación de una norma (*ratione materiae, personae, loci, temporis*, etc.) y las reglas de derecho internacional privado (reglas de admisibilidad, reglas de elección, regla que somete el deber de observancia al respeto de la armonía interna) aparece claramente cuando una norma que -desde que una situación entra en su campo de aplicación- se pretenda aplicable (criterio de admisibilidad) es descartada sea por el juego del *lexforismo* o de la mayor efectividad (criterio de elección) sea por el juego de la cláusula de orden público (criterio del cual depende el deber de observancia de la norma elegida).

A.34.- Una sentencia extranjera sólo puede ser reconocida en Austria (tomando un ejemplo puramente imaginario) cuando emana de una jurisdicción extranjera competente según el derecho austriaco (por proyección sobre el universo de reglas de competencia jurisdiccionales austriacas, es decir por habilitación austriaca), y que haya aplicado la ley que el juez austriaco habría aplicado, siendo solamente esta ley la habilitada para aplicarse (porque sólo hay un derecho internacional privado: el que es puesto en acción por los jueces austriacos). El juez austriaco (para conservar el mismo ejemplo, puramente imaginario) requerido por una demanda de *exequátur* debe por tanto ejercer un control de competencia indirecta, un control de la ley aplicada, y una revisión del fondo (ya que si el juez extranjero ha violado, por una mala aplicación, la ley aplicable por la regla de designación, ha dictado una sentencia nula y de ningún efecto-A.10 *a contrario*, y A.5).

B.34.- Una sentencia extranjera recibirá efecto en el ordenamiento jurídico del foro si es posible ejecutarla en su ordenamiento jurídico de origen (admisibilidad), si no es incompatible con otra sentencia ya ejecutable en el ordenamiento jurídico de acogida (elección), y si no vulnera el orden público de éste (condición de la cuál depende el deber de otorgar el efecto). La decisión de dar efecto a la sentencia extranjera no depende, en sí, ni de la conformidad de las reglas de competencia del ordenamiento jurídico de origen con las del ordenamiento jurídico de acogida (ausencia de control de la competencia indirecta), ni de la conformidad de las reglas de designación de la ley aplicable al ordenamiento jurídico de origen con las del ordenamiento jurídico de acogida (admisión de la pluralidad de los derechos internacionales privados), ni de la ley aplicada por el juez de origen (ausencia de control de la ley aplicada), ni de la manera en que la ha aplicado (ausencia de revisión de fondo).

A.35.- Si esto es así, es porque constatar la aplicabilidad de una ley ordena su aplicación y la declaración de inexistencia jurídica de toda otra norma que se superpondría sobre el campo de aplicación de esta ley o que sería tomada en la aplicación de una norma que perpetre una tal superposición. No hay “efecto a otorgar a una norma” fuera de la aplicación de esta norma, ya que todo efecto debe ser otorgado bajo la condición exclusiva que sea ordenado por la regla hecha aplicable por un cuerpo único de reglas de designación. De donde se sigue, por otra parte, que toda norma válidamente aplicada ha podido serlo válidamente sólo en virtud de una regla de designación.

Esto no impide sin embargo que dos reglas igualmente aplicables sean aplicadas acumulativamente (son precisamente los casos de éste género que, en casos de incompatibilidad, crean conflictos de normas, resueltos por las *reglas de predominio*), ni que la interpretación de una norma sea influenciada por

B.35.- Se puede otorgar a una norma, diversos efectos. Se *aplica* cuando se le hace producir los efectos que ella ordena a las condiciones que ella prevé; *se la toma en consideración* con ocasión de la aplicación de otra norma cuando se hace producir a las condiciones de la norma tomada en consideración los efectos que ordena la norma aplicada (*v.infra*). Hay incluso otros efectos, que no son ni aplicaciones ni tomas en consideración (*exequátur* de sentencias extranjeras, ejecución de peticiones a título de cooperación internacional entre administraciones, invocación de una norma no aplicable con ocasión del desencadenamiento de la excepción del orden público, etc.).

Toda disposición de un ordenamiento jurídico para otorgar un efecto amistoso (y se acaba de establecer una lista incompleta de los efectos posibles) a las normas de otro ordenamiento jurídico encuentra su límite en la excepción del orden público, es decir en el contraste excesivo entre este efecto amistoso y

otras normas (se piensa por supuesto en la *interpretación conforme*, que se define en relación a las reglas de predominio –aquella neutralizando a éstas-, y que es por tanto típicamente monista), o que las normas se encadenen de una manera tal que el respeto de una sea una condición de aplicación de la otra.

Lo importante es reconducir todo el derecho internacional privado a la idea de *aplicación de la norma habilitada* (la concesión del *exequátur* debe, en la teoría monista, depender de la *ley aplicada al fondo* por el juez extranjero y de la competencia indirecta, es decir de la *ley de competencia aplicada* por el juez extranjero; la pretendida excepción del orden público internacional es una *aplicación de la lex fori*, etc.) ya que es la única manera de llevarlo a la idea – monista- de habilitación, al seno de un sólo ordenamiento jurídico, universal.

Puesto que no hay derecho fuera del derecho habilitado por la *Grundnorm*, todo lo que podría parecerse a la aplicación de un derecho no habilitado debe ser

los principios generales sacados de las normas no aplicables del ordenamiento jurídico de acogida (o, en menos palabras: el contraste excesivo entre este efecto y los efectos circundantes).

La idea de disposición de un ordenamiento jurídico para dar efecto a las normas de otro, y aquella de la excepción del orden público como límite de esta disposición, son dos de los elementos principales de la teoría pluralista.

Se pueden distinguir tres tipos de tomas en consideración según si éstas consisten en hacer producir bajo las condiciones de la norma extranjera una consecuencia de la regla aplicable de una manera:

1º- Que no sea ni amistosa ni hostil (el hecho del príncipe extranjero tomado en consideración con ocasión de la aplicación de la disposición de la ley contractual que exonera al deudor de su obligación toda vez que una fuerza mayor ha tornado esta obligación imposible de ejecutar);

2º- Que sea amistosa (toma en consideración una ley prohibitiva

presentado en términos de *toma en consideración que no es ni amistosa ni hostil*. En efecto, este tipo de toma en consideración trata la norma tomada en consideración como un hecho (no hay diferencia de tratamiento jurídico entre una inundación, un asalto y el hecho del príncipe extranjero).

Cada vez que ello sea necesario, se sostendrá por tanto que la pretendida ley extranjera pretendidamente aplicada es en realidad un hecho tomado en consideración por la ley del foro, la única ley realmente aplicada. O que la pretendida regla de designación extranjera pretendidamente aplicada (lo que se llama "el reenvío") es en realidad un hecho tomado en consideración por la regla de designación del foro, la única regla de designación realmente aplicada.

Por cierto, es entonces inconcebible oponer la pretendida excepción de orden público a lo que es tomado en consideración:

1º- Primero porque no se opone la excepción del orden público a un hecho: el hecho está ahí, cuya

extranjera defraudada por un contrato, en ocasión de la aplicación de aquella de las disposiciones de la ley contractual que sanciona con la nulidad los contratos ilícitos);

3º- Que sea hostil (toma en consideración la ley militar del Estado enemigo con ocasión de la aplicación la ley penal del foro que reprime el crimen de combatir bajo el uniforme enemigo). Pero se podría mostrar que la toma en consideración hostil no es sino una reformulación de la puesta en acción de la excepción del orden público al encuentro de una toma en consideración amistosa, de forma que ésta se reduce a aquélla.

Se podría sostener tanto que la toma en consideración que no es ni amistosa ni hostil asimila la norma extranjera a un hecho; como que es imposible para la toma en consideración amistosa (u hostil). La prueba de ello es que la excepción de orden público es oponible a una toma en consideración amistosa (para la puesta en consideración hostil, v. *supra*). Esto muestra bien que:

1º- Que las normas extranjeras,

existencia se impone a todos –sólo puede tratarse de dejarlo de lado si no es el presupuesto de ninguna regla aplicable, o al contrario de sacar las consecuencias que la regla aplicable le ordena producir.

2º- En seguida porque, una vez que se presenta en términos monistas, la pretendida excepción del orden público se define por la sustitución de la regla del foro a la regla normalmente aplicable, que dejamos de lado. Ahora bien, por hipótesis, solo la regla del foro es aplicable, como acaba de ser dicho. ¿Cómo diablos se podría sustituir a sí misma?

A.36.- El derecho internacional privado sólo tiene sentido en el seno de un todo *sustancialmente* homogéneo y sólo se concibe bajo el modelo *formal* de una confederación única. Entre los diferentes Estados de Europa continental, una tal homogeneidad sustancial sólo se encuentra en materia de derecho privado. Aún hay que excluir de ese gran intercambio de leyes entre los subórdenes (cada uno aplicando las leyes de los otros) las

tomadas en consideración amistosamente, no son hechos (ya que la excepción de orden público no se opone a un hecho).

2º- La excepción de orden público no se define por su hostilidad necesaria con la ley normalmente aplicable, ni por un pretendido efecto de sustitución de la ley normalmente aplicable por la ley del foro.

B.36.- Como conjunto formado por reglas de acogida de las normas extranjeras, por una parte, y, por otra, por la regla que impone la aplicación de normas internas a las situaciones que entran en el campo de aplicación de éstas, es tan desprovisto de sentido preguntarse si lo que llamamos torpemente el derecho internacional privado pertenece al derecho privado o al derecho público, como preguntarse si pertenece al *common law* o a la

leyes que no tienen su origen de esta sustancia común, sino de motivos específicos del Estado que los ha decretado, o de motivos políticos, tributarios, represivos, administrativos, o económicos, que, aun siendo idénticos de un Estado a otro y ordenando disposiciones idénticas, no proceden ni del *jus commune* heredado de los Romanos, ni del derecho consuetudinario común que habría venido a completarlo.

Con mayor razón, las leyes de los Estados que no han recibido como herencia la sustancia homogénea que se acaba de mencionar, no participan tampoco de ese gran intercambio de leyes.

En definitiva, no puede haber derecho internacional privado fuera de lo que ha llegado a ser, en nuestra época, el derecho privado romano. (A lo más se puede concebir el sustituir a esta sustancia, históricamente común, una sustancia cuyo “enfoque comparativo” revelaría el carácter común.) Ese derecho internacional privado es necesariamente único. Todas las materias extrañas al

equity. Esas divisiones, puramente internas y propias de ciertos ordenamientos jurídicos, son extrañas a la materia que aquí nos interesa como derecho de los efectos que un ordenamiento jurídico otorga o rechaza otorgar a las normas de los otros.

En cambio, se puede distinguir (si se quiere realmente, y bajo el riesgo de cometer algunos contrasentidos comparables a los errores de traducción) según si los efectos que son otorgados por este ordenamiento jurídico de acogida dependen de lo que él llama el derecho privado o el derecho público, el *common law* o la *equity*. Es por otra parte perfectamente posible, a este respecto, que un ordenamiento jurídico otorgue un efecto que dependa de lo que él llama el *derecho privado* a una norma extranjera que, en su ordenamiento jurídico de origen, depende del derecho público. Tampoco hay razones para excluir, *a priori* y en bloque, el otorgamiento de los efectos (dependientes o no de lo que el Estado de acogida llama el *derecho*

derecho privado son necesaria y *privado*) a normas extranjeras definitivamente excluidas del él, así (dependientes o no de lo que el como todas las normas (aún las Estado extranjero llama el *derecho pretendidamente “privadas”*) de los *privado*) emanadas de Estados que Estados no romanizados. son de una tradición jurídica diferente

Formalmente público en tanto que de aquella del Estado de acogida.

es repartidor de competencias En definitiva, el derecho legislativas (a la manera de una internacional privado de un Estado constitución confederal), el derecho está compuesto de la regla por la cual internacional privado es él impone que se apliquen las normas *sustancialmente* una rama del derecho de *su derecho privado* a las privado en lo que el objeto de esta situaciones que entran en el campo de repartición es el único derecho privado aplicación de éstas (esta regla es común (en sus variaciones múltiples y indisociable de dichas normas accesorias), y que esta repartición internas: ella es sólo un carácter de reposa sobre motivos puramente aquellas; es sólo por una simple privatistas, a saber: la naturaleza de operación mental que aquélla es las relaciones jurídicas distinguida de éstas, como (incapacidades, relaciones de familia, distinguiríamos una moneda, su metal, sucesiones, obligaciones, propiedad y su masa, su lado cara y su lado sello), derechos reales) relativas a las por una parte, y, por otra, de las reglas *instituciones* (en el sentido que toma que él se impone seguir cuando es esa palabra en derecho civil) que llevado a aceptar o rechazar prestar forman este único derecho privado ayuda a las normas que emanan de común. otro Estado dándoles un efecto que

Repartición de competencias, depende, según él, del derecho relaciones de derecho, instituciones privado.

en el sentido del derecho civil: esas Un ordenamiento jurídico que ideas son extrañas a una teoría del presta ayuda a otro, una indiferencia

derecho en general que reduciría éste a una voluntad armada.

fundamental en las divisiones entre derecho privado, derecho penal, y derecho público: esas ideas se apegan fácilmente a la teoría del derecho en general que reduce éste a una voluntad armada.

A.37.- Porque ella presenta el derecho internacional privado en términos de reglas de designación indiferentes al origen de las leyes designadas (es decir que ella adopta una fórmula que recuerda la de los tratados *bilaterales* que repartirían las competencias legislativas entre las dos Altas Partes Contratantes), la teoría monista, en derecho internacional privado, lleva el nombre de *bilateralismo*.

B.37.- Porque ella presenta el derecho internacional privado, en términos de reglas que imponen *unilateralmente* la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico de acogida a las situaciones que entran en su campo de aplicación (*unilateralmente* delimitado), por una parte, y, por otra, de reglas de recepción *unilateral* de las normas extranjeras cuyo campo de aplicación fue *unilateralmente* delimitado por su ordenamiento jurídico de origen, la teoría pluralista, en derecho internacional privado, lleva el nombre de *unilateralismo*.

II.- USO DE LAS TEORÍAS EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EN MATERIAS ANÁLOGAS

16.- Se ha hecho de las teorías monista-bilateralista y pluralista-unilateralista en derecho internacional privado (A), un uso que podría ser objeto de fértiles analogías en otros campos, tales como los de la moral y la ética (B).

A.- Uso de las teorías en derecho internacional privado

17.- Si el contraste entre las teorías monista-bilateralista y pluralista-unilateralista hunde sus raíces en los decenios sucesivos del siglo XIX, es sólo al fin de éste – al momento de los trabajos de redacción del Código civil alemán y de la Ley de introducción a ese código- que fue objeto de una toma de conciencia detallada, y que dictó las elecciones de política legislativa y orientó comentarios doctrinales.

Retengamos que el legislador alemán de 1896 decidió a sabiendas adoptar un derecho internacional privado alemán (y no el esbozo alemán de un derecho internacional privado universal), y que consideró que no le correspondía decidir los criterios de aplicabilidad de derecho internacional privado de las leyes extranjeras (esta tarea que incumbía, según él, a los legisladores de Estados extranjeros, en los asuntos en los cuales convenía no inmiscuirse). Sin embargo el legislador alemán, no siguió esta vía teórica pluralista-unilateralista constantemente, y algunos artículos de la Ley de introducción al Código civil atestiguan un apego persistente a una formulación de tipo monista-bilateralista.

Numerosos pasajes de los comentarios doctrinales de la nueva ley fueron consagrados a la manera en que los órganos alemanes de aplicación del derecho (jueces, notarios y oficiales civiles) tendrían que razonar cuando el nuevo derecho internacional privado alemán no designara la ley alemana. ¿Podrían generalizarse los criterios de auto-designación de la ley alemana y proyectarlos en el mundo entero? ¿O habría que interrogar a las leyes del mundo entero, para saber si ellas desearían aplicarse, y en ese caso, como habría de elegirse entre esas leyes, si varias de ellas quisieran aplicarse? La elección de esas preguntas y la respuesta que era aportada, atestiguaba cada vez la adhesión del comentarista a una o a otra de las dos teorías³².

18.- Desde hace medio siglo, se hace otra utilización del monismo-bilateralismo y del pluralismo-unilateralismo en el derecho internacional privado. Para describir científicamente el derecho positivo por medio de teorías, o para medir el grado de correspondencia de las teorías con la realidad del derecho positivo, los autores de monografías, manuales y cursos, dan a leer una somera exposición de dos teorías (o “métodos”), que indican brevemente las partes del derecho positivo que puedan ser presentadas en los términos de una, o al contrario, en los términos de la otra, y juntan enseguida el gesto con la palabra, realizando efectivamente tales descripciones.

Una de las primeras –y una de las más influyentes- ocurrencias de esta utilización de las teorías puede ser encontrada en el primer capítulo de una celebre monografía de Phocion FRANCESKAKIS³³, capítulo que sirvió de modelo

³² Se encontrará una exposición renovada de los debates legislativos y doctrinales de esta época in Gian Paolo ROMANO, *L'Unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno. L'Unilatéralisme dans le droit international privé moderne*, th. Univ. Padua y Univ. Panthéon-Assas París 2, 2005, polycop., pp. 13-127.

³³ Phocion FRANCESKAKIS, *La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, París: Sirey, 1957, pp. 7-53. En la literatura jurídica francesa, toda la reflexión referente a la positividad respectiva de los dos métodos es tributaria de Pierre GOTHOT, “Le Renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé”, *Rev. crit. DIP* 1971.1-36, 209-243, 415-450; Pierre GOTHOT, “La Méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats”, *Trav. Com. fr. DIP* 1975-1977. 201-232.

en la división que todos los autores de manuales franceses de hoy consagran a “la pluralidad de los métodos del derecho internacional privado”³⁴.

El número de monografías que tienden a mostrar que tal o cual parte del derecho positivo obedece al método pluralista-unilateralista no cesa de aumentar³⁵.

Una forma original de positividad de las teorías ha sido recientemente sacada a la luz³⁶. Desde 1837, la literatura del derecho internacional privado está jalonada por paradojas, círculos viciosos, peticiones de principios y otras anomalías argumentativas. La causa de lo anterior: en derecho internacional privado, las interpretaciones lícitas y habituales se inscriben a la vez en la teoría monista-bilateralista y en la teoría pluralista-unilateralista. Como esas dos

³⁴ Para limitarse a las principales obras: Bernard AUDIT, *Droit international privé*, 3ª ed., París : Économica, 2000, pp. 81-112; Henri BATIFFOL y Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8ª ed., t. Ier, París : LGDJ, 1993, pp. 13-17 y 411-430; Dominique HOLLEAUX, Jacques FOYER, Géraud de GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, París / New York / Barcelone / Milan / Mexico / São Paulo: Masson, 1987, pp. 162-168 (y 169-344) ; Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL y Pascal de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8ª ed., París: Dalloz, 2004, pp. 67-78, 112-118 y 136-160; Pierre MAYER y Vincent HEUZE, *Droit international privé*, 8ª ed., París : Montchrestien, 2004, pp. 61-106. Es de notar que los “métodos” identificados, opuestos y descritos son a veces tres (método de las reglas bilaterales, método de las reglas unilaterales, método de las reglas materiales de derecho internacional privado), a veces dos (siendo entonces uno de los tres provisoriamente omitido, o reducido a uno de los dos otros). Esa falta aparente de homogeneidad de los manuales resulta de la diferencia de sentido dada a la palabra “método” (modo de empleo del derecho positivo inscribiéndolo en una teoría, o simple técnica legislativa). Cuando la palabra es tomada en su sentido teórico, está bien establecido que debe conducir a oponer dos métodos y no tres: Bernard AUDIT, [trad.] “El carácter funcional de la regla de conflicto (respecto a la « crisis » de los conflictos de leyes)”, *RCADI* 1984-III, vol. 186, pp. 219-397, esp. pp. 255-257.

³⁵ Para limitarse a algunas tesis recientes: Didier BODEN, *op. cit.* (2002), pp. 626-656, 698-799 (entre otros) ; Serge BILLARANT, *Le Caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, th. Univ. París 1 Panthéon-Sorbonne [2003], París : Dalloz, coll. “ Nouvelle Bibliothèque de Thèses ” , 2004, pp. 161- 360 ; Stéphanie FRANCO, *L’Applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, th. Univ. Louvain [2004], Bruxelles / París : Bruylant / LGDJ, 2005 ; Louis PERREAU-SAUSSINE, *L’Immeuble et les méthodes du droit international privé*, th. Univ. Panthéon-Assas París 2, 2004, polycop., pp. 180-209. Se encuentra una vasta exposición, que cubre un gran pedazo del derecho privado de varios países de Europa, in Gian Paolo ROMANO, *op. cit.* (2005), pp. 309-631.

³⁶ Didier BODEN, *op. cit.*, pp. 544-675. V. ya en: Bertrand ANCEL, “ Les Conflits de qualifications à l’épreuve de la donation entre époux ”, th. Univ. París, París : Dalloz, 1977, n° 128-165, pp. 135-173, esp. n° 135, p. 141.

teorías son incompatibles, por el paso de una a la otra durante el razonamiento, nacen un gran número de aporías. El razonamiento jurídico puede, a este respecto, ser comparado con un animal que comería de dos pesebres y que, una vez que dejara de lado uno de ellos para dirigirse al otro, agarraría en la mayoría de los casos una de esas tortícolis que los especialistas en derecho internacional privado llaman un gran problema³⁷.

Más allá de la identidad de análisis a la cual se prestan, los problemas nacidos de esos entreveramientos de teorías incompatibles entre ellas, ofrecen una cierta variedad³⁸. Los problemas de una primera categoría nacen de la mirada que una de las dos teorías da sobre la otra³⁹. Una segunda categoría reagrupa los entreveramientos que nacen de la mirada dada por una teoría sobre una parte del derecho positivo que sólo puede ser descrita en los términos de la otra teoría: por tanto, para resolverlos basta dejar de lado la teoría inadecuada en beneficio de la otra⁴⁰. Una tercera es formada por resultados de sugerencias sincréticas⁴¹. Una cuarta y última categoría contiene

³⁷ En términos más científicos, las preguntas: “¿Qué es un problema? Los problemas, ¿tienen todos alguna cosa en común? ¿Como se pueden reconocer? ¿Tienen todos ellos una causa común, que si fuera conocida, permitiría descubrir la mayor cantidad de problemas posibles, y que daría quizás los términos para su solución?”, requieren las siguientes respuestas: “Un problema es una incompatibilidad entre las dos respuestas que recibe una pregunta en dos momentos diferentes de un razonamiento. Un gran número de problemas tienen como causa común el entreveramiento de dos teorías diferentes incompatibles entre ellas (y por tanto el entreveramiento de los dos razonamientos incompatibles entre sí que ellas subyacen respectivamente): la teoría del monismo jurídico y la teoría del pluralismo jurídico. Los problemas son problemas producto de este entreveramiento. Ellos cesan de ser problemas desde que cesa ese entreveramiento.” Didier BODEN, *op. cit.*, nota 1070.

³⁸ Didier BODEN, *op. cit.*, p. 675.

³⁹ La petición de principio de los derechos adquiridos; el círculo vicioso de la regla saviniana; el problema de la laguna y el del cúmulo.

⁴⁰ Los dos círculos viciosos de la auto-designación y los dos espirales correspondientes; la paradoja de la repartición estatal de las soberanías estatales; el problema del orden público; la aporía del reenvío *in favorem*; el problema del carácter sustancial de la regla de conflicto; la aporía de la naturalización de la ley extranjera; la paradoja de la autoridad de la jurisprudencia extranjera; el círculo vicioso de la cláusula de *electio juris*; el espiral de la validez secundaria de la cláusula de *electio juris*.

⁴¹ El círculo vicioso de la calificación *lege causae*; la aporía del “enfoque comparativo” de la calificación; el círculo vicioso de la designación-expatriation-rondo (el “*circulo vicioso del doble reenvío*”) y el espiral correspondiente; la *regressio ad infinitum* de las reglas de conflicto en la segunda potencia; la paradoja de BURCKHARDT; la aporía de la internacionalización de la excepción del orden público en

los entreveramientos que nacen de la presencia simultánea, en derecho positivo, de elementos de los que sólo se puede rendir cuenta en términos monistas-bilateralitas y de elementos de los que sólo se puede rendir cuenta en términos pluralistas-unilateralistas: por tanto, esos problemas carecen de solución sin una modificación del derecho positivo mismo⁴².

19.- Estos usos de las teorías en derecho internacional privado –para elaborar un cuerpo de normas que dan su modo de empleo, para comentarlo, sugiriendo una manera de completarlo, para describir su realidad y para sacar a luz las causas de las paradojas a las cuales dan nacimiento su elaboración, sus comentarios y su descripción⁴³ – podrían ser traspuestas en otros campos, aparentemente muy diferentes y por tanto propicios a las analogías: los de la moral y la ética.

general y del “enfoque comparativo” de esta excepción en particular; la aporía del “efecto reflejo” del orden público; el problema de las preguntas previas; la aporía de la relegación de la cláusula de *electio juris* a las leyes “comparativamente” supletivas; la *regressio ad infinitum* de la teoría del reenvío; el espiral de la validez secundaria de la cláusula de *electio juris*; la aporía de la bilateralización de las leyes de aplicación inmediata.

⁴² El círculo vicioso de la designación-delegación-rondo (el “*círculo vicioso del reenvío*”) y el espiral correspondiente; el círculo vicioso de la designación-delegación-trompo ordenada por un ordenamiento jurídico extranjero (el “*círculo vicioso del reenvío trompo*”) o por el foro, y los dos espirales correspondientes; el círculo vicioso del conflicto de calificaciones y el espiral de la calificación secundaria; el problema de las normas supremas.

⁴³ Para acortar la exposición y para evitar algunos malos entendidos, se hizo la elección de no tratar el uso de una teoría consistente en preconizar una modificación del derecho que torne ésta más conforme a aquella o bien a preconizar una mantención de las cosas en su estado original, que permita al derecho positivo no alejarse de la teoría presentada en el modelo. Tales usos también existen. V., muy

*B.- Transposición en moral y en ética
del uso de las teorías del derecho internacional privado*

20.- La *tolerancia* designa especialmente la *disposición de no impedir, aunque se pudiera, el ejercicio por otro de una actividad que no se aprueba*⁴⁴, *incluso la disposición de aportar de esta persona, una contribución positiva con el ejercicio de esta actividad, aún cuando podría dispensarse de ello*. A este respecto, el derecho internacional privado de un Estado es un derecho de tolerancia⁴⁵ ya que está compuesto en parte, como se ha dicho precedentemente,⁴⁶ por reglas que ese Estado se impone seguir cuando es llevado a aceptar o rechazar dar un efecto de derecho privado, a normas emanadas de otro Estado. Esta ayuda, de un primer ordenamiento jurídico a un segundo ordenamiento, es dada a pesar del contraste de las concepciones de uno y del otro. Se trata, por tanto, de una tolerancia activa, que alcanza su límite cuando el contraste llega a ser demasiado importante. El efecto es entonces rechazado a la norma extranjera, ya que vulneraría, según la expresión consagrada, *al orden público del derecho internacional privado del Estado solicitado*. En ese sentido, “el orden público internacional fija los límites de la tolerancia de nuestro sistema jurídico hacia las instituciones extranjeras”⁴⁷.

21.- ¿Cuál es la parte de pertinencia de esta metáfora? ¿En qué punto se puede constatar una similitud entre la puesta de un Estado al servicio de la

recientemente, la tesis destacada de M. Louis D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, th. Univ. Panthéon-Assas París 2, 2005, especialmente en el n° 586.

⁴⁴ Para una definición más cercana, v. Suzan MENDUS, “Tolérance. Tolérance et pluralisme moral”, trad. fr. Nadine AKOURY, in Monique CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, París : PUF, 1996, p. 1536.

⁴⁵ Esta metáfora es muy frecuente en la literatura de derecho internacional privado. La ocurrencia más emblemática es dada por el título de la celebre obra: Werner GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia, basado en la teoría triálistica del mundo jurídico*, 3ª ed., Buenos Aires : Depalma, 1977.

⁴⁶ V. *supra*, n° 8.

⁴⁷ Dominique HOLLEAUX, Jacques FOYER, Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *op. cit.*, n° 610.

voluntad de otro (derecho internacional privado y materias similares), por una parte, y por otra parte, los aspectos morales y éticos de la puesta de sí mismo al servicio de la voluntad del otro (tolerancia activa, obediencia activa, complicidad activa)? ¿Y entre el límite de la disposición de un Estado de otorgar un efecto a las normas extranjeras (la excepción del orden público), por una parte, y por otra, el límite de la tolerancia, los confines del deber de obediencia y el umbral a partir del cual comienza la complicidad reprensible?

22.- Quien se proponga responder a estas preguntas debe, de entrada, hacer frente a una serie de diferencias desalentadoras. En la literatura de la moral y de la ética que se refieren a la tolerancia, ésta es abordada como la actitud del Estado (o de “*la sociedad*” hacia ciertos de los suyos (considerados individualmente o en grupo), más a menudo que como la actitud de cada uno de ellos, hacia ellos mismos⁴⁸. De esta primera característica siguen una segunda y una tercera. Primero, en esta literatura, es frecuente hablar de tolerar a las personas y no los actos (es con el motivo por el cual “el umbral de tolerancia” sería “sobrepasado”, que los xenófobos preconizan, no que los comportamientos individuales cambien, sino que se larguen los extranjeros –o aquellos que consideran como tales). Recíprocamente, el “tolerante” y el “intolerante” son presentados como personajes definitivamente caracterizados y no como personas en acción, de las que se podría describir o prescribir el comportamiento tolerante en toda su casuística⁴⁹.

⁴⁸ Monique CANTO-SPERBER (“ Les Limites de la tolérance”, in Roger-Pol DROIT [dir.], *Jusqu’où tolérer ?*, París : Le Monde Éd., 1996, pp. 131-145, esp. p. 134) atrae la atención sobre la importancia de esta distinción.

⁴⁹ Hay en ésta, un origen histórico. Del siglo XVI al XVIII, la tolerancia fue únicamente definida como la actitud de no represión de un Estado dotado de una religión (o de la Iglesia de ese Estado, o los súbditos de ese Estado, fieles a esta Iglesia) frente a otras religiones y los que la profesaban. En ese sentido, era posible de ser pura, simple, absoluta y definitivamente “tolerante” o “intolerante”, y no era absurdo hacer hablar a personajes que encarnaban o bien aprobaban estas actitudes, ni aspirar a parecerseles. El contexto político y religioso de esta época, seguramente no era el de hoy, y el sentido que las palabras tenían en ese entonces no es el que hoy tienen para nosotros. No se puede, por tanto, transponer las frases, los argumentos, los razonamientos y los personajes de un contexto a otro y ponerlos uno tras otro sin correr el riesgo de cometer anacronismos, confusiones, y contrasentidos.

En cuarto lugar, sólo se dice del Estado que éste debe abstenerse de un cierto comportamiento estatal, diversificar sus comportamientos estatales, u otorgar una habilitación estatal (o: una “*libertad*”) a sus súbditos, que la usarán a su antojo pero sin poder ir más allá de los límites de la habilitación que les es otorgada. En el primer caso, se hablará a menudo, por préstamo extensivo pero no criticable de la terminología jurídica, de “*tolerancia administrativa*”. En el segundo, se reclamará al Estado, en nombre de la tolerancia, que “*otorgue un estatuto*” específico a ciertos grupos, en general confesionales o étnicos (en suma, a la manera de los sindicatos de estudiantes franceses que reclaman “un verdadero estatuto del estudiante”), es decir que otorgue un conjunto de derechos y de deberes exceptuándolos del derecho común pero –la precisión es notable- emanando de la misma fuente que el derecho común⁵⁰. En un tercer caso, será un regocijo ver al Estado organizar, en un “espíritu de tolerancia y de pluralismo” la coexistencia de las diferencias⁵¹, indicando a cada uno los límites que no puede traspasar. Las tres actitudes pueden relevarse la una a la otra (ausencia de órdenes estatales para ciertas preguntas, diversidad de órdenes estatales para otras, habilitación estatal para otras preguntas). Ello no significa que se tenga que confundirlas⁵².

Philippe SASSIER (*Pourquoi la tolérance*, París : Fayard, 1999, pp. 9 y 205), quien recapitula su interesante obra bajo una forma tal ([trad.] “*Hay que obedecer a Dios, o a la naturaleza*, dice el intolerante. — *Por supuesto*, responde el tolerante [...]. — *No*, objeta el intolerante [...] “; etc.) está perfectamente conciente de lo que indica el artificio de un tal tipo de diálogo, después de haber cedido a la irreprensible tentación de escribirlo.

⁵⁰ Expresándose en esos términos a propósito de la tolerancia debida por el Estado israelí a la minoría de los ciudadanos árabes: Denis CHARBIT, “*Condamnés à vivre ensemble*”, in Claude SAHEL (dir.), *La Tolérance. Pour un humanisme hérétique*, París : Autrement, série Morales n° 5, 1993, pp. 182-202, esp. p. 191.

⁵¹ Las obras contemporáneas en lengua inglesa privilegian ese tercer aspecto, sin dejar totalmente de lado los otros dos. V. por ejemplo: Michael WALZER, *Traité sur la tolérance*, trad. fr. por Chaïm HUTNER de *On Toleration* (Yale University Press, 1997), París : Gallimard, 1998. Pero buscaríamos en vano una exposición de lo es o de lo que debería ser la tolerancia como virtud interindividual o como actitud adoptada por dos entidades, irreducibles la una de la otra e irreducibles a una tercera, una hacia la otra.

⁵² Roger-Pol DROIT, “*Préambule. Une idée faible ou forte*”, in Roger-Pol DROIT (dir.), *Jusqu’où tolérer ?*, París : Le Monde Éd., 1996, pp. 5-13, esp. pp. 5-7 ; Roger-Pol DROIT, “*Les deux visages de la*

Ahora bien, precisamente, en la literatura relativa a la tolerancia, las confusiones abundan. En particular, muy pocas veces se distingue la tolerancia de los actos y la tolerancia del discurso sobre los actos – o se les distingue sólo para aglomerarlas, lo que conduce al mismo resultado⁵³. Si se agrega a esta primera confusión aquélla, que ya fue mencionada, entre la tolerancia de los actos y la tolerancia de las personas, y aquélla, igualmente mencionada, entre personaje tolerante y comportamiento de tolerancia, se obtiene esta idea, tan regularmente preconizada, que ordena “rechazar toda tolerancia a los enemigos de la tolerancia”⁵⁴.

tolérance”, in Frederico MAYOR (dir.), *Tolérance, j’écris ton nom*, París : Saurat / Unesco, 1995, pp. 13-21, esp. pp. 15-17. Se nota en los textos del Señor DROIT, un deslizamiento muy revelador de “la ley que tolera” hacia “yo que tolero”: como a menudo en esta literatura, la tolerancia estatal cubre la tolerancia interindividual. Dos explicaciones son posibles. – Primero, este recubrimiento puede proceder de una identificación del súbdito al Estado: “Soy tolerante: mi Estado es tolerante”. En esta perspectiva, lo tolerado es, por excelencia, el extranjero (o toda persona que no sea totalmente ciudadana); y el tolerante es el súbdito-ciudadano. Interrogarse sobre la tolerancia del Estado y de sus ciudadanos *por el extranjero* es, en este caso, tan descabellado como preguntarse si las avellanas comen ardillas (ver, en un sentido cercano, las interesantes precisiones de Bernard WILLIAMS, “Tolérance, une vertu incommode”, in Frederico MAYOR [dir.], *op. cit.*, pp. 57-66, esp. p. 60 ; de Yirmiyahu YOVEL, “La tolérance comme grâce et comme droit”, in *idem*, pp. 67-84, esp. p. 70 ; y de M. HAMMOUDI, in Denis CHARBIT, “Condammés à vivre ensemble”, in Claude SAHEL [dir.], *La Tolérance. Pour un humanisme hérétique*, París : Autrement, série *Morales* n° 5, 1993, pp. 182-202, esp. p. 184). — En segundo lugar, ese recubrimiento sólo es una simple presentación del lugar que el Estado otorga a todos, y particularmente al súbdito: “Mi Estado, asignando una igual esfera de libertad a cada uno, organiza la coexistencia de las diferencias”. En este caso la tolerancia designa ya sea la actitud de tal Estado (y entonces los súbditos, no siendo Estados, no pueden ser tolerantes, o al menos no en este sentido), ya sea la actitud de cada uno de los que acepten esta repartición de las esferas de libertad: “Soy tolerante: respeto las reglas de mi Estado pluralista” (y entonces el Estado, no atribuyéndose una tal esfera, no puede ser tolerante, o al menos no en ese sentido, pero no queda menos “pluralista”, en ese sentido que organiza la coexistencia de las diferencias). — Bien seguido, todos esos significados son confundidos, y el recubrimiento del cual proceden impide a los que los comentan de interrogarse sobre la tolerancia como virtud interindividual *pura* (es decir haciendo abstracción del Estado y de “la sociedad”).

⁵³ V. las críticas de Marcel CONCHE, “La Tolérance française et sa signification universelle”, in Frederico MAYOR (dir.), *op. cit.* (v. nota precedente), pp. 171-186, esp. pp. 183-184.

⁵⁴ Por las razones indicadas anteriormente (nota 38), la fórmula podía tener sentido en el siglo XVIII ([trad.] “Es justicia el armarse de intolerancia contra el intolerante, como un deber del Príncipe de oponer un ejército a un Ejército Enemigo. [...] Hay un sólo caso en que la tolerancia puede tornarse funesta para la Nación; es cuando ésta tolera una Religión intolerante”, escribía Claude Adrien HELVÉTIUS, *De l’homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*, 2 vol., Londres: Soc. Typographique, 1773, vol. I, sec. II, cap. XVI, nota 11, p. 385 y sec. IV, cap. XXI, p. 574); ella ya no tiene más hoy, en razón de las confusiones que supone. Se encuentran variantes actuales de la vieja fórmula en los textos de Roger-Pol DROIT (“Préambule. Une idée faible ou forte”, precitado, esp. p. 9; *id.*, *Les Deux Visages de la tolérance*, precitado, esp. p. 20) y de Paul RICOEUR (“Tolérance,

23.- Esas diferencias aparentemente considerables entre la tolerancia como metáfora del derecho internacional privado y lo que se escribe de la tolerancia en los textos de moral y de ética no deben suscitar el desaliento. Por un lado, como se verá más adelante, estos textos tienen eco en derecho internacional privado. Por otro lado, existen también en la literatura de la moral y la ética decires relativos a actitudes interindividuales, y los encontraremos tanto más cuanto no nos limitemos a la tolerancia activa, sino que se extienda la búsqueda hacia la tolerancia pasiva, la obediencia y la complicidad.

La búsqueda, recordémoslo, trata sobre el grado de pertinencia del acercamiento entre lo que la literatura jurídica dice del derecho internacional privado como derecho de la puesta de un primer Estado al servicio de las normas de un segundo, aún cuando éstas difieran de las normas del primer Estado, por un parte, y por otra, lo que la literatura de la moral y la ética dice de su puesta al servicio de la voluntad del otro, aún cuando esta voluntad se aparta de los valores del agente moral considerado. La fórmula de ese cuestionamiento podría ser ésta: *¿Deben la moral y la ética presentar la tolerancia en términos monistas o en términos pluralistas?* La evidencia parece dirigir la respuesta, precisamente porque los términos de la pregunta parecen tomar un sentido que no tienen, y que no parecen no tener el sentido que tienen. ¿No es evidente, en efecto, que pueda haber tolerancia sin admisión de la diversidad, es decir de la pluralidad de lo que es el objeto de la tolerancia? Entonces, ¿no es acaso tautológico formular la tolerancia en términos pluralistas? Es lo que podrían creer todos aquellos que bautizan con el nombre de “*pluralismo*” la sola constatación de la pluralidad, o la sola abstención de negar o de reprimir la diferencia.

intolérance, intolérable”, 1990, in *Lectures. I : Autour du politique*, París : Seuil, 1991], París : Points-Essais, pp. 295-312, esp. pp. 302-303, 306, 312). Para una crítica de esos dos textos, v. Didier BODEN, *op. cit.*, nota 1376, pp. 680- 682.

Pero este no es el sentido dado aquí a la teoría pluralista. En efecto, una cosa es abstenerse de imponer la uniformidad de comportamientos, creencias y normas; otra es dar efecto a comportamientos, creencias y normas de las que no se ha determinado ni la sustancia, ni la fuente, ni el sentido, ni las consecuencias propias, ni las modalidades de evolución. Una cosa es, para un poder central, asignar un régimen especial a una parte de la población; otra es dar un efecto central a normas que emanan de una parte de la población que se ha constituido a ella misma, y que se da sus propias reglas. No es el rechazo a la uniformidad (o la aceptación de la diversidad) lo que define la teoría pluralista; es la localización del poder de decidir de la sustancia, de la fuente, del sentido, de las consecuencias propias, y de las modalidades de evolución, de lo que es el objeto de la disparidad. Si este poder es centralizado (o si se obtiene solamente de una habilitación central), llamará a una descripción en términos monistas. Si al contrario cada uno de los grupos considerados obtiene sólo de sí mismo el poder que acaba de mencionarse, la descripción de lo que son sólo será pertinente en términos pluralistas.

Lo que acaba de mencionarse de las relaciones entre el Estado y los diversos grupos con los cuales él podrá estar en contacto vale igualmente para las relaciones entre las personas. Lo comprenderemos con algunas preguntas: ¿Se otorga a los demás su libertad de acción o ella se constata? ¿Se rechaza otorgarla o se rechaza constatarla? ¿Se habilita a los demás a realizar un acto moral? ¿La moralidad de los actos de los demás depende de ellos o de sí mismos? ¿Hay varias moralidades (es decir varias morales, consideradas bajo el ángulo de lo que les es conforme o de lo que forma su sustancia)? ¿Hay relaciones entre las morales? ¿Están las morales sometidas a una moral suprema de donde sacarían una forma de habilitación, que sería sustancialmente limitada (pero de manera de admitir varias maneras de respetarla) y que, de esta manera, asignaría a cada una una órbita fuera de la

cual cesaría la moralidad? ¿Son ellas, por el contrario irreductibles la una a la otra e irreductibles de toda moral suprema? Estas preguntas son, en la moral y la ética, de la más alta importancia; en derecho y en ciencia del derecho, *mutatis mutandis*, ellas han recibido de larga data respuestas que, por no haber obtenido la unanimidad, podrían sin embargo retener la atención.

Estando ahora el sentido de la pregunta protegido del malentendido, la búsqueda de la respuesta puede ser emprendida.

24.- Como virtud interindividual pasiva, se dice de la tolerancia que ella trata sobre el comportamiento del otro, tal como fue decidido por éste último⁵⁵. La tolerancia no es ni incondicional ni ilimitada, y la decisión de ser o de no ser tolerante depende de las circunstancias: sustancia del comportamiento tolerado, autor del comportamiento, persona cuya tolerancia está en cuestión, etc⁵⁶. La tolerancia no tiene alcance –y según algunos, no tiene sentido- sino sólo hacia comportamientos que la persona cuya tolerancia está en cuestión reprueba, por ejemplo la dicción de opiniones que ella condena⁵⁷. Formulando las cosas de

⁵⁵ Vladimir JANKELEVITCH, *Traité des vertus*, 2 vol., vol. II *Les Vertus et l'amour* (1ª ed., París : Bordas, 1970), 2ª ed., París : Flammarion, 1986, p. 88. Es importante notar que, en JANKELEVITCH, no es el error mismo sino el comportamiento que fluye, lo que es tolerado (por ejemplo y por excelencia: *la dicción del error*). Ni la verdad ni el error han de ser tolerados, ni tampoco han de no serlo (pp. 89-90). Sin embargo, una vez hecha esta precisión, el autor emplea constantemente la palabra “verdad” con metonimia, para designar los comportamientos que de ella fluyen. Por lo demás, en JANKELEVITCH, la verdad y el error no conciernen solamente la descripción del ser, sino que también pueden caracterizar la moral. En el pasaje del *Traité des vertus* que se relaciona con la tolerancia, hay, que entender entonces como “verdad”: “comportamiento adoptado por una persona en conformidad a lo que ella cree ser la verdad moral”.

⁵⁶ Vladimir JANKELEVITCH, *op. cit.*, II, pp. 89 y 93. André COMTE-SPONVILLE, *Petit Traité des grandes vertus*, París : PUF, 1995, pp. 214-215.

⁵⁷ Suzan MENDUS, “Tolérance. Tolérance et pluralisme moral”, trad. fr. Nadine AKOURY, in Monique CANTO-SPERBER (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, París : PUF, 1996, p. 1536 ; Monique CANTO-SPERBER, “Les limites de la tolérance”, in Roger-Pol DROIT (dir.), *Jusqu'où tolérer ?*, París : Le Monde Éd., 1996, pp. 131-145, esp. pp. 132-133 ; Fernando SAVATER, “À quel engagement conduit la tolérance ?”, entrevista con Isabelle ALBARET y Marc- Olivier PADIS, in *La Tolérance, l'indifférence, l'intolérable*, supl. rev. *Esprit*, nov. 2001, pp. 5- 9, esp. p. 5; *adde*, por ironía: Lytton STRACHEY, *Victoriens éminents* (1918), trad. fr. Jacques DOMBASLE (1933), París : Gallimard, 1980, p. 264. (El carácter de necesidad o de simple posibilidad de la coincidencia entre lo

manera inversa, se obtiene una de las aporías⁵⁸ que son calificadas como *paradoja de la tolerancia*:

“He aquí nuestra primera aporía. ¿Cómo puedo tolerar la dicción de la mentira, desde que la mentira es reconocida engañosa? ¿Cómo puedo tolerar históricamente lo que, teóricamente, condeno? [...] ¿Reconocería la tolerancia, a la vez, el absurdo del absurdo y el derecho de todo hombre, de decirlo? ¿Podría impedir a un tonto el decir tonterías? ¿Debería, bajo el pretexto de la tolerancia, dejarlo estancarse en su error? Hay ahí un caso de consciencia filosófica que no se puede minimizar ni tratar sin miramientos, cualquiera que sea el respeto que se tenga por la tolerancia. Ese debate viene de un conflicto metafísico, de una colisión de valores, de un desorden constitucional; la contradicción aquí sólo puede resolverse por aproximaciones, y bajo condición que no se vaya hasta el fondo de las cosas. El conflicto se produce entre la dignidad y la libertad de la persona, que son infinitamente respetables, y la verdad, que no lo es menos: no se transige con ninguno de esos dos valores igualmente sagrados y estimables. ¿Cómo salir de este dilema?⁵⁹

que es tolerado y lo que es reprobado da lugar a un desacuerdo aparente entre la señora MENDUS y la señora CANTO-SPERBER : v. Monique CANTO-SPERBER, *op. cit.*, esp. p. 131).

⁵⁸ Preferimos a menudo reservar el nombre de *paradoja de la tolerancia* para otra aporía, cercana pero distinta de aquella indicada en el texto: “La paradoja de la tolerancia es menos conocida: una tolerancia ilimitada tiene como consecuencia fatal la desaparición de la tolerancia. Si se es de una tolerancia absoluta, aún hacia los intolerantes, y que no se defienda la tolerancia contra sus asaltos, los tolerantes serán aniquilados, y con ellos la tolerancia” (Karl POPPER, *La Société ouverte et ses ennemis* [1979], trad. fr. Jacqueline BERNARD y Philippe MONOD, 2 t., t. I *L’Ascendant de Platon*, París : Seuil, 1979, cap. 7, nota 4, p. 222). En el mismo sentido Vladimir JANKÉLÉVITCH, *op. cit.*, II, pp. 92-93; André COMTE-SPONVILLE (a quien debemos las dos referencias precedentes), *op. cit.*, pp. 213-216; Monique CANTO-SPERBER, *op. cit.*, pp. 133-134.

⁵⁹ Vladimir JANKÉLÉVITCH, *op. cit.*, II, p. 91.

“Si se interpreta la tolerancia como relativa a lo que se desapruueba moralmente, y si se admite también que la tolerancia es un ideal moral, nos encontramos confrontados entonces a una considerable paradoja: ¿Cómo explicar que pueda ser moralmente justo permitir cosas que son consideradas moralmente malas?”⁶⁰.

25.- Esta aporía, bajo los términos de la cual “sería [...] moralmente bueno aceptar lo que se crea ser moralmente malo” se resuelve sólo bajo dos condiciones: 1º Hay que distinguir irreductiblemente la moral del súbdito cuya tolerancia está en cuestión y la moral de aquél de cuyo comportamiento se trata⁶¹; 2º Hay que afirmar la existencia de un umbral de tolerancia, es decir sostener que “Hasta cierto punto, es un bien tolerar el mal; pero una vez traspasado ese umbral, ya no es un bien tolerar el mal, es un mal, casi tan grave como cometerlo”⁶²; y que esta intolerancia es “un mal menor”⁶³, lo que supone una puesta en balance de los dos males –el mal de dejar cometer el mal (aunque sea el mal cometido por el otro), y el mal de no dejar hacer al otro (aunque sea cuando comete el mal).

26.- Para obtener más detalles, hay que cambiar ligeramente los términos de la pregunta y pasar de la tolerancia a la complicidad en la comisión

⁶⁰ Suzan MENDUS, *loc. cit.* En el mismo sentido: la fórmula que Hans-Jürgen SONNENBERGER (“Sind die familienrechtlichen Artikel des EGBGB mit dem Grundgesetz vereinbar ? [Erwiderung]”, *Monatsschrift für deutsches Recht* 1964.283-285, esp. 284) da de la pregunta de la existencia misma del derecho internacional privado, considerado en sus relaciones con la Constitución [trad.] : “ [¿]El legislador alemán puede, por designación de un derecho extranjero, ordenar a sus órganos de aplicación del derecho, aplicar normas sustanciales que él mismo no podría decretar [?]”, llamando esta pregunta a una respuesta afirmativa.

⁶¹ Vladimir JANKELEVITCH, *op. cit.*, II, pp. 94-96, 100, 102-103, 104.

⁶² Monique CANTO-SPERBER, *op. cit.*, p. 133.

⁶³ Vladimir JANKELEVITCH, *op. cit.*, II, p. 93.

del mal y al límite del deber de obediencia. Por lo demás, esta transición es sugerida por los mismos autores⁶⁴.

27.- Así como una de las aporías conocidas bajo el nombre de paradoja de la tolerancia consiste en dejar desaparecer la tolerancia bajo los ataques de lo que ella tolera⁶⁵, existe, de la misma manera, una paradoja del derecho de resistencia, que, si fuera reconocido por la autoridad pública, dejaría desaparecer a ésta bajo los ataques de aquellos que le resisten:

“¿Puede la autoridad pública prever los medios jurídicos de su destrucción entregando el derecho a una multitud de intérpretes, pudiendo cada uno de ellos pretender tener la interpretación “verdadera” –lo que es el presupuesto de todo derecho de resistencia? Mal se imagina, en efecto, al Estado minar sus propios fundamentos”⁶⁶.

28.- Y así como la primera paradoja nace de la unidad moral entre el Estado que tolera y el agente cuyo comportamiento es tolerado, de la misma manera la segunda paradoja nace de la unidad jurídica entre la autoridad que otorga un derecho de desobediencia y el agente que desobedece (unidad jurídica que indican las palabras *autoridad PÚBLICA* y *DERECHO de resistencia*). Que se rompa esta unidad, y la paradoja desaparece; pero entonces la desobediencia ya no es un DERECHO (en todo caso, ella deja de estar garantizada por el derecho al cual se desobedece⁶⁷), y el Estado tolerante deja de moralizar lo que tolera.

⁶⁴ Vladimir JANKELEVITCH, *op. cit.*, II, p. 94 ; André COMTE-SPONVILLE, *op. cit.*, pp. 212-213.

⁶⁵ V. *supra*, nota 47.

⁶⁶ Éric DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, th. Univ. Paris 2 (1994), Paris : LGDJ, 1999, p. 2. *Adde*: p. 32.

29.- Si se pasa ahora del punto de vista del Estado, a quién le es difícil definir por sí mismo la medida en la que podría desobedecerse, desde el punto de vista del agente que reconoce la moralidad del deber de obedecer las órdenes del Estado, el deber de obediencia cambia de sentido (ya no es el deber estatal impuesto al agente sino el deber que el agente se impone a sí mismo), y ya no es absurdo interrogarse sobre su límite (de la misma manera que cuando se pasa de la tolerancia como carácter de un Estado que diversifica sus actitudes, a la tolerancia como virtud interindividual). La definición de ésta depende del agente mismo (que el Estado lo reconozca o no ya no es la pregunta). Ella es un asunto de mal menor:

“Ellos [los teólogos católicos] distinguen, en efecto, la resistencia pasiva, que reside en el hecho de no ejecutar una orden mientras no se esté obligado a ello, y la resistencia defensiva, donde se opone por la fuerza a un acto, y la resistencia agresiva individual o colectiva, es decir el tiranicidio o la insurrección, cuando el súbdito toma la iniciativa de la insurrección. Esos grados en la resistencia son justificados por la idea tomada prestada de santo Tomás que “el ejercicio de la resistencia no debe causar ningún malestar o escándalo cuya nocividad sería superior al mal de la sumisión” (J. DABIN, *La Philosophie de l'ordre juridique positif*, París: Sirey, 1929, p. 728). Esta condición esencial del derecho de resistencia determina las formas que la resistencia puede revestir”⁶⁸.

⁶⁷ *Idem*, p. 46.

⁶⁸ *Idem*, p. 2, nota 2. Sobre la idea del mal menor como paradigma del juicio moral llevado sobre la mantención, en su lugar, de las autoridades administrativas belgas bajo la Ocupación (1940-1944), v.: Didier BODEN, *op. cit.*, nota 1394. V. también *supra*, n° 25.

30.- Otro punto en común entre los límites y condiciones de la tolerancia, como virtud interindividual, y los límites y condiciones del deber moral de obediencia a las normas estatales por las cuales se perpetra el mal, es la importancia del autor de lo que es tolerado o a lo que se obedece. Se observa corrientemente que el régimen de Vichy, al generar una competencia criminal con el ocupante alemán en la persecución antisemita⁶⁹, disminuyó la facultad de indignación que esta persecución suscitaba en el seno de la población francesa.

31.- Hay ahí, suficientes índices de la pertinencia de un acercamiento entre los límites y condiciones de la obligación que un ordenamiento jurídico se impone, consistente en dar efecto a las normas de otro, por una parte, y, por otra, los límites y condiciones del deber moral de tolerancia, del deber moral de obediencia y del umbral a partir del cual comienza la complicidad reprensible. Este acercamiento no debe ser exclusivamente pluralista: la presencia, por una parte y por otra, de paradojas, y la ineptitud de ciertas representaciones de las cosas de dar cuenta de los límites buscados, incitan a elaborar, sobre el modelo del díptico de teoría jurídica utilizado más arriba⁷⁰, un segundo díptico, esta vez de moral y de ética, que opondría una representación monista y una representación pluralista de la moral. No es poco razonable esperar que cada una de las dos columnas tenga una parte de pertinencia, y que la mezcla de las dos columnas sea la causa de paradojas, aporías, círculos viciosos y otros problemas más.

⁶⁹ Didier BODEN, *op. cit.*, nota 1401 y los reenvíos a: Claire ANDRIEU, “L’ « aryansisation » et les finances extérieures. L’activité de la direction des Finances extérieures et des changes », in Dominique GROS (dir.), *Le Droit antisémite de Vichy*, actes du colloque de Dijon (1994), *Le Genre humain*, n° 30-31, París : Seuil, 1996, pp. 267-301, esp. pp. 272-285; Roger O. PAXTON, *La France de Vichy, 1940-1944*, París : Seuil (1973) Points Histoire, 1974, pp. 143, 219, 277- 285 y 353 ; Michaël R. MARRUS y Roger O. PAXTON, *Vichy y les Juifs* [París : CALMANN-LEVY, 1981], París : Le Livre de Poche, 1993, p. 7 ; Benjamin CONSTANT, “ Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France” [abril 1815, durante los Cien días], reed. in Benjamin CONSTANT, *Écrits politiques*, París Gallimard “Folio-Essais”, 1997, pp. 302-588, esp. p. 319 ; Robert BADINTER, “Peut-on être avocat quand on est juif en 1940-1944 ?”, in Dominique GROS (dir.), *op. cit.*, pp. 143-151, esp. p. 151.

⁷⁰ V. *supra*, n° 15.

32.- En la moral y la ética, es decir en la ciencia de la moral, el monismo y el pluralismo podrían ser brevemente expuestos de la siguiente manera:

α .- Monismo

β .- Pluralismo

α .1.- Sólo hay un bien supremo. Un acto no puede ser a la vez bueno y malo. Es bueno o no, según si se relaciona o no con este bien supremo. Su relación con el bien o el mal es su valor moral (bueno o malo).

β .1.- Hay tantas morales como agentes dotados de la facultad de juzgar. Es posible que lo que está bien para uno esté mal para el otro.

α .2.- Siendo el bien único, no es necesario precisar que el valor moral de un acto tiene sentido sólo en relación a ese bien.

β .2.- La pregunta del valor moral de un acto sólo tiene sentido en relación con la moral de un agente. Hay que precisar, por tanto, a los ojos de cuál agente, tal o cuál acto, es bueno o malo.

α .3.- Relacionar el valor moral de todo acto al bien supremo, no puede hacerse inmediatamente y sin orden. Hay una jerarquía de los valores morales, que permite ordenarlos según su importancia

β .3.- La moral no se reduce a una jerarquía de valores (sin excluirla sin embargo). La coherencia de un conjunto de valores morales y su aptitud de no declarar bueno todo acto, pueden resultar de

y deducir su moralidad (es decir, reconocerlos como valores morales) según la posibilidad de relacionarlos a un valor moral intermedio, a partir del momento en que ningún valor moral superior se oponga.

otra cosa que no sea una jerarquía. La elección entre dos valores morales que ordenan de manera general actos incompatibles, puede depender de una casuística poco compatible con la idea de jerarquía.

α .4.- De lo que podría aparecer como otros valores morales, se dirá simplemente una de las dos cosas siguientes: o bien éstos son reducibles a la primera moral (aquella que tiene el bien supremo en su cima) y entonces es de ella que ellos obtendrán su moralidad; o bien éstos son irreducibles, y entonces no estarán revestidos de ninguna moralidad.

β .4.- La moralidad de los valores de un agente no depende de una moral que no sea la suya. A este respecto, es indiferente que lo que está bien para uno esté mal para el otro.

α .5.- Todo valor moral que ordena dar efecto a un valor externo *reviste a éste de moralidad*. Él lo moraliza, habilita a los agentes a conformarse con él, se lo apropia. Asimismo, podemos decir que la moralidad del fin

β .5.- Al aceptar otorgar un cierto efecto a los valores de otro (obedeciéndole, haciéndose su cómplice, prestando ayuda a su acción, etc.), un agente no vuelve buenos, a sus ojos, los valores del otro. No se los

moraliza los medios: lo que podría parecer moralmente neutro, o incluso deplorable, adquiere un valor moral positivo, ya que es un medio para realizar un bien superior.

No podría ser bueno reconocer lo que es malo. En cambio, es un deber para un agente reconocer la parte de moral única, pero diversificada, que concierne específicamente a otro agente (*v. infra*), en los límites que la jerarquía de las normas impone a esta parte específica. Pero no hay ningún grado dentro de todo esto: un valor, incluso dotado de un campo de validez específico, es válido o no. Hay límites (jerárquicamente impuestos) a la validez, y por tanto al deber de reconocimiento; pero no hay grados.

apropia. Pero este efecto es, en sí mismo, un acto de este agente que, a sus propios ojos, está bien o mal.

Puede estar bien bajo sus ojos (pero solamente hasta cierto punto) el prestar ayuda, a lo que hubiese estado mal, si se hubiera tratado de sí mismo.

Es una cuestión de grado, y en ningún caso de validez (por hipótesis, el valor del otro al cual prestamos la ayuda es bueno a los ojos del otro), ni de campo de validez (por hipótesis, el valor del otro, considerado desde el ángulo de la ayuda que se pretende prestar, no se superpone sobre lo que el agente tolerante se impone hacer, sin respecto de los otros), ni de la automaticidad del reconocimiento de los valores válidos de los otros (sería renunciar a sí mismo).

α .6.- La jerarquía de los valores puede dar lugar a una diversificación de los valores

β .6.- La diversidad de los valores, de un agente a otro, no está sometida a ningún valor común,

subordinados. Esta diversificación puede resultar de una *habilitación*, de una *libertad otorgada* (lo que los agentes habilitados encontrarán bueno, será bueno), o de una *especialización de los valores* (lo que es bueno que lo niños hagan, no es bueno que los adultos lo hagan, etc.). No hay conflicto, porque cada uno de los valores incompatibles que verían la luz, valdrían sólo en cierta medida, sin imbricación (cada uno tiene su órbita). La cima de la jerarquía es común para todos los agentes, y ningún valor no común vale fuera de los límites que le asigna la cima de la jerarquía. En esto, la diversidad es ordenada.

ni a ninguna jerarquía común. Pueden nacer conflictos de la voluntad de unos y de otros de poner simultáneamente en acción sus valores respectivos. También pueden nacer de la disposición de un agente de prestar ayuda a valores, que son los de varios otros agentes, y que son incompatibles entre ellos. Por lo demás, la libertad, como carácter de la facultad de juzgar, no podría ser *atribuida* por un agente a otro. Si el resto está dotado de tal facultad, sólo podemos tomar parte (o no tomar parte, pero esta actitud no la hará desaparecer).

α .7.- La tolerancia caracteriza la jerarquía de los valores que conlleva una diversificación. El límite de la tolerancia es el límite que la jerarquía de los valores impone a la órbita de un valor. No hay que reconocer la

β .7.- La tolerancia caracteriza una moral (el conjunto de valores morales de un sólo y mismo agente) que preconiza prestar ayuda a los valores de otras morales, aún cuando éstas contrastan con los valores de

moralidad de los pretendidos valores que son contrarios a la jerarquía de los valores (por ejemplo, si y en la medida que esos pretendidos valores excedan su órbita, es decir, su campo de validez).

este agente, a partir del momento, en todo caso, que esta ayuda prestada a esos valores no contraste excesivamente con los valores del agente tolerante. El límite de la tolerancia es el umbral fuera del cual ese contraste se vuelve excesivo.

α .8.- En cambio, los agentes dependientes de esta jerarquía de valores, deben reconocer recíprocamente los valores especiales que derivan válidamente de los valores superiores. Si un agente rechazara tal reconocimiento, si rechazara a los otros el beneficio de lo que él reclama para sí mismo, burlaría los valores superiores de los cuales procede el valor a tolerar, y, de esta manera, negaría los fundamentos de su propia moral (es decir de la única moral, pero en la parte de la diversificación que le concierne). Se contradeciría a él mismo.

β .8.- Rechazando ocasionalmente prestar ayuda a uno de los valores de los otros, un agente no burla ningún valor superior. No niega los fundamentos de su propia moral. No se contradice. Por lo demás, no hay razón para que esta tolerancia (considerada positivamente o bajo el ángulo de su límite) sea recíproca.

- α .9.- Relación puramente jerárquica, la tolerancia tiene un límite cuyo franqueo se determina por la comparación general y abstracta, del valor a tolerar (o no) y de los valores superiores. Si ellos son incompatibles, los valores superiores predominan. Esta incompatibilidad significa, en efecto, que los valores a tolerar (o no) han excedido la órbita de validez que les había sido asignada. La tolerancia es entonces una cuestión de *delimitación* de los campos de validez (habilitado, el valor concerniente a otro agente, debe ser reconocido por el agente tolerante; no habilitado, éste no debe ser reconocido) determinada por valores *superiores*; y por la *no contradicción, general y abstracta*, entre esos valores superiores y el valor respecto del cual está en cuestión, para el agente tolerante, aceptar o rechazar ponerse a su servicio.
- β .9.- Relación entre morales irreductibles la una a la otra, la tolerancia tiene un límite que depende de la *coherencia general* de los valores del agente tolerante. La mantención de esta coherencia general da lugar a una *casuística (individual y concreta)* donde son tomadas en consideración la especificidad del agente cuyos valores son tolerados, la sustancia de éstos, en lo que consistiría la ayuda que les sería prestada, además de otras circunstancias. La tolerancia es rechazada en nombre de un *contraste excesivo* (que no es la simple *contradicción* entre valores de igual precisión y de sustancia contraria) entre la ayuda concretamente prestada a los valores de los otros, por una parte, y, por otra, los valores del agente tolerante en su conjunto. Se podría decir que, cuando la tolerancia es rechazada, es en nombre de valores *circundantes*.

- α .10.- Lo que se acaba de decir de la tolerancia vale también para la obediencia, que es otra forma de relación jerárquica entre valores (y entre los actos que ellos ordenan). Hay que rechazar, necesariamente, obedecer leyes contrarias a valores morales superiores, comunes a todos los miembros de la colectividad. Hay una ley por encima de las leyes. Ni éstas, ni aquélla dependen del agente cuya obediencia está en cuestión.
- β .10.- Lo que se acaba de decir de la tolerancia vale también para la obediencia, que es otra forma de relación entre morales. No hay que rechazar, necesariamente, obedecer a leyes que se desapruiban moralmente, pero hay que comenzar a desobedecer a partir del momento en que el contraste entre esta obediencia y sus propios valores se vuelve excesivo. Sólo el agente cuya obediencia está en cuestión es capaz de determinar ese momento.
- α .11.- Respondiendo de su obediencia o de su tolerancia ante la jurisdicción de los valores (por así decirlo), el agente que ha actuado conformemente a los valores debidamente habilitados, pero únicamente bajo la condición que estén debidamente habilitados, debe ser aprobado; en la hipótesis contraria, es decir, en caso de acción conforme a un valor no
- β .11.- Ante de la jurisdicción de toda moral (comprendida la propia – piénsese en el arrepentimiento), el agente que presta su ayuda a la voluntad de los otros (por tolerancia, obediencia, o complicidad) responde de su gesto no como autor de la voluntad de los otros, sino como su ejecutante (lo que no es la misma cosa, y que debería ser aun objeto de sub-distinciones).

habilitado, debe responder de su mala acción, que se incorpora al valor que la inspiró.

Actuó bien o mal, según si a los ojos de la moral ante la cual se le juzga moralmente, habría debido o no estimar que los límites de la tolerancia (o los límites del deber de obediencia, o el umbral a partir del cual se vuelve inmoralmente cómplice) habían sido franqueados. De la misma manera, puede también responder de su rechazo a tolerar, obedecer, o prestar ayuda a los otros de otra manera.

α .12.- Sólo hay una moral. Pero ella está diversificada y jerarquizada. En ese sentido, es recorrida por relaciones entre valores (los valores inferiores, son buenos valores, sólo en la medida que están conformes con los valores superiores) y entre agentes (lo que es un buen valor por diversificación entre agentes, debe ver su campo de validez reconocido por todos los otros agentes).

Hay relaciones en la moral;

β .12.- Es por tanto concebible que una moral trate sobre otra, que una moral exija de una, que otra se vuelva lo que tal vez aún no es, o que se quede tal como es, al punto de no volver a serlo (exigencias), y que el agente destinatario de esta exigencia tenga que responder ante la primera moral de su acción no conforme con esta exigencia (reproches, responsabilidad). Exigencias y responsabilidad pueden ser internas a una moral

no hay relaciones entre las morales (sería una contradicción en los términos, o, más precisamente: una contradicción entre la palabra y su número).

(los arrepentimientos, por ejemplo, son una forma de auto responsabilidad, o de reproches dirigidos a uno mismo). Ellas también pueden ser relaciones entre morales. Ellas son muy diferentes de la tolerancia, de la obediencia y de la complicidad (el exigente se inmiscuye en la moral de los otros; el tolerante la acoge). Todas pueden combinarse (exigencia de tolerancia, exigencia de exigencia, tolerancia de exigencia, tolerancia de tolerancia, etc.).

33.- ¿Qué conclusiones sacar de esta búsqueda sobre la tolerancia, el monismo y el pluralismo, y sobre la pertinencia de la metáfora de la tolerancia en derecho internacional privado?

Los decires sobre la moral y la ética relativos a la tolerancia pueden ser reagrupados en dos conjuntos, según tengan por objeto, por un parte, una actitud del Estado (o de la “sociedad”) frente a algunos de sus súbditos y que consiste en una diversificación del comportamiento estatal por abstención, por especialización o por habilitación, o, por otra parte, una actitud interindividual consistente en no impedir, aunque ello se pudiera, el ejercicio por los otros de una actividad que no se aprueba (tolerancia pasiva, obediencia pasiva,

complicidad pasiva), o de aportar a esta persona una contribución positiva al ejercicio de esta actividad, aunque pudiéramos dispensarnos de ello (tolerancia activa, obediencia activa, complicidad activa).

Los primeros son monistas (toda la moralidad se reduce a una fuente única); los segundos, pluralistas (la tolerancia como virtud interindividual tiene sentido sólo si las morales son diferentes las unas de las otras, irreductibles las unas de las otras, y en relación las unas con las otras).

Una división similar se observa en teoría del derecho en general y en teoría del derecho internacional privado en particular. De forma que se podría decir que la pertinencia de la metáfora de la tolerancia en derecho internacional privado está establecida, sea cuales fueren los términos cotejados. Pero se gana más bien en atraer la atención sobre dos similitudes suplementarias.

En primer lugar, no hay ninguna duda que el *analogon* de la excepción del orden público en derecho internacional privado es el límite de la tolerancia activa como virtud interindividual, y no el límite de la tolerancia como actitud del Estado (o de la “sociedad”) frente a algunos de esos súbditos y que consiste en una diversificación del comportamiento estatal por abstención, por especialización o por habilitación. En efecto, la excepción de orden público, como el límite de la tolerancia activa como virtud interindividual, es un rechazo a prestar ayuda a la voluntad de los otros. Es un cese (unilateral por su fuente y por sus razones) de la cooperación que beneficia a los demás. No es una excepción de ilegalidad de una norma intermedia, como lo sería el rechazo de un prefecto de poner en ejecución un decreto gubernamental contrario a una directiva comunitaria, y que tendría como *analogon* en moral la reprobación de las artimañas exorbitantes de un grupo religioso (por ejemplo) que serían otras

tantas rupturas del pacto social (para emplear las palabras del lenguaje moral de las personas que escriben en los periódicos).

En segundo lugar, de la misma manera que las paradojas del derecho internacional privado nacen del entreveramiento de dos teorías: la del monismo-bilateralismo y la del pluralismo-unilateralismo, así mismo podemos pensar que las paradojas que ven la luz en la moral y en la ética a propósito de la tolerancia, de la obediencia y de la complicidad son provocados por el entreveramiento de dos representaciones de su objeto: aquella del monismo y aquella del pluralismo. Por ejemplo y por excelencia, la paradoja de la autodestrucción de la tolerancia y la de la autodestrucción de la autoridad del Estado que permitiría la desobediencia, vienen de la introducción de la pluralidad de los agentes con capacidad de decidir sobre lo que está bien y sobre lo que está mal, en un razonamiento por lo demás monista en cuanto es precisamente exclusivo de tal pluralidad (sin descartar sin embargo una diversificación delimitada).

CONCLUSIÓN

34.- En derecho internacional privado, el pluralismo jurídico y el monismo jurídico son dos teorías generales del derecho que han marcado y que aún marcan el espíritu de ciertos legisladores, de sus substitutos pretorianos, de comentaristas y de críticos, de pleiteantes y de órganos de aplicación del derecho. La parte de positividad de cada una de esas dos teorías, al derecho positivo, puede ser medida: algunas partes del derecho obedecen a la primera y otras a la segunda. Como esas dos teorías son incompatibles entre ellas, y como toda teoría está destinada a guiar razonamientos, resulta de su influencia entreverada en el derecho positivo o en los discursos que se relacionan a él, a paradojas, círculos viciosos, peticiones de principio, y otras aporías. Si esos

entreveramientos vinieran a desaparecer, esas anomalías argumentativas desaparecerían igualmente.

Los especialistas del derecho internacional privado presentan tradicionalmente su disciplina como el derecho de la tolerancia (porque es, particularmente, el derecho de la puesta de un primer Estado al servicio de las normas de un segundo, incluso diferentes de las propias), y la excepción del orden público (que conduce al primer Estado a rechazar el otorgar un efecto a la norma del segundo cuando ese efecto contraste excesivamente con los principios sacados del derecho del primero) como el límite de esta tolerancia. La puesta a prueba de la pertinencia de esta comparación entre esta rama del derecho y la tolerancia como objeto de una parte de la moral y de la ética conduce a la constatación de lo bien fundado de esta comparación. Pero más allá de esa constatación esperada, la verificación llevada a cabo hace aparecer que en la moral y en la ética se observa, como en derecho internacional privado, que el monismo y el pluralismo influyen, cada uno, una parte de los discursos, que esta influencia es a veces entreverada, que de ese entreveramiento nacen paradojas, y que éstos pierden su carácter paradójico cuando se pone fin al entreveramiento que le ha dado nacimiento.

BIBLIOGRAFIA

Aquí incluyo todos los sitios de los cuales hice uso, para el correcto uso de cada palabra que utilizo el Profesor Boden, con el fin de guardar en todo momento el sentido más acorde que el autor quiso dar al texto.

- 1.- www.wordreference.com
- 2.- www.rae.es
- 3.- <http://diccionario.reverso.net/frances-espanol/>
- 4.- http://www.lexilogos.com/francais_langue_dictionnaires.htm
- 5.- <http://www.cnrtl.fr/definition/>
- 6.- <http://www.le-dictionnaire.com/>

ANEXO

Se agrega como anexo de esta memoria el texto original en francés del artículo “El Pluralismo Jurídico en Derecho Internacional Privado”.

Le pluralisme juridique en droit international privé

Didier BODEN

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

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

INTRODUCTION

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A. — *Nature des théories*

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

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

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

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

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

¹¹ V. *infra*, n° 18.

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

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

Première théorie, première méthode

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

Seconde théorie, seconde méthode

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B.— *Diptyque théorique*

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

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

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

A.- Monisme

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

B.- Pluralisme

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

A.- Monisme

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

B.- Pluralisme

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

A.- Monisme

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

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

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

A.- Monisme

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

A.- Monisme

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

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

B.- Pluralisme

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

A.- Monisme

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

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

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

A.- Monisme

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

B.- Pluralisme

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

A.- Monisme

A.25.- Les règles de désignation opèrent une délimitation des champs d'application respectifs des lois du monde : *en habilitant, la règle de désignation délimite*. Dans la version du monisme qui procède du solipsisme, le champ d'application des lois étrangères est ainsi délimité par la projection sur l'univers entier des règles délimitant le champ d'application de la *lex fori*. (Cela ne signifie pas qu'il n'y ait pas de différence entre règles de droit international privé et règles de délimitation ; simplement, les règles de délimitation du for serviront naturellement de modèles aux règles de son droit international privé).

A.26.- Il n'y a pas de « *volonté qu'ont les normes de recevoir effet* » : les lois sont des règles substantielles (purs modèles d'une validité potentiellement universelle) qui sont ou ne sont pas désignées par un corps unique de règles de désignation (la règle substantielle reçoit son impérativité de la règle de désignation qui la désigne).

A.27.- Les règles de désignation — qui, en désignant, habilitent (A.2), et qui, en habilitant, n'habilitent que dans certaines limites (A.7, A.25) — sont des règles de délimitation primaire des champs d'application respectifs des lois du monde. Elles sont distinctes de ces lois. Les premières sont uniques ; les secondes sont diverses. Cela n'exclut pas que les lois substantielles désignées se subdivisent et prévoient des régimes distincts selon les personnes, les régions, etc. : on pourrait appeler ces règles de délimitation, internes aux lois substantielles : des règles de délimitation secondaire du champ d'application (A.33).

A.28.- En droit international privé, les problèmes relevant de ce qu'on appelle l'« *ordre public* » ne sont que des cas d'application des dispositions de la loi du for désignées par une règle de conflit. Pour régler ces problèmes, il n'est pas nécessaire d'atten-

B.- Pluralisme

B.25.- Les États étrangers délimitent eux-mêmes le champ d'application de leurs normes (règles de délimitation), et imposent eux-mêmes l'obligation d'appliquer ces normes aux situations qui entrent dans le champ d'application de celles-ci (cette obligation est exprimée dans des règles de droit international privé, qui, lorsqu'elles sont étrangères, n'obligent pas à elles seules le for à leur donner suite). C'est là ce qu'on appelle par souci de brièveté la « *volonté qu'ont les normes de recevoir effet* ».

B.26.- Il n'y a aucune raison d'appliquer une norme qui ne le veut pas, lorsqu'une autre norme, tolérable, elle, le veut. En revanche, il est parfaitement concevable qu'il y ait des degrés dans cette volonté, et, par exemple, qu'un État ne soit disposé à faire appliquer sa norme qu'en cas d'absence de volonté des autres États de faire appliquer la leur. (Si plusieurs États sont dans une telle disposition d'esprit, on peut alors passer d'un conflit négatif à titre principal à un conflit positif à titre subsidiaire).

B.27.- Les règles de délimitation du champ d'application des dispositions substantielles d'un ordre juridique sont indissociables de celles-ci (sauf à porter atteinte à leur intégrité) ; elles forment un ensemble, qui relève d'un seul ordre juridique. En revanche, il ne suffit pas qu'une situation de fait soit visée par un tel ensemble pour que les autres ordres juridiques soient tenus d'y donner effet puisque chaque ordre juridique fixe lui-même les conditions auxquelles il donne effet aux normes qui lui sont extérieures (B.8).

B.28.- Le respect de l'« *ordre public* » de droit international privé est l'une des conditions auxquelles un État décide de donner effet à la norme d'un autre État. Le respect de cette condition consiste à ne pas franchir la limite au-delà de laquelle

A.- Monisme

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

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

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

A.- Monisme

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

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

B.- Pluralisme

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

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

A.- Monisme

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

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

A.- Monisme

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

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

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

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

A.- Monisme

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

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

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

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

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

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

B.- Pluralisme

de la règle applicable d'une façon :

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

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

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

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

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

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

A.- Monisme

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

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

A.- Monisme

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

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

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

B.- Pluralisme

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

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

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

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

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

A.— Usage des théories en droit international privé

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

19.- Ces usages des théories en droit international privé — pour élaborer un corps de normes en en donnant le mode d'emploi, pour le commenter en suggérant une façon de le compléter, pour décrire sa réalité et pour débusquer les causes des paradoxes auxquels donnent naissance son élaboration, ses commentaires et sa description ³²— pourraient être transposés dans d'autres domaines, apparemment très différents et pourtant propices aux analogies : ceux de la morale et de l'éthique.

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

20.- La *tolérance* désigne notamment la *disposition à ne pas empêcher, alors qu'on le pourrait, l'exercice par autrui d'une activité que l'on n'approuve pas* ³³, voire la *disposition à apporter à cette personne une contribution positive à l'exercice de cette activité, alors qu'on pourrait s'en dispenser*. À cet égard, le droit international privé d'un État est un droit de tolérance ³⁴ puisqu'il est pour moitié formé, a-t-il été dit ci-dessus ³⁵ des règles que cet État s'impose de suivre lorsqu'il est amené à accepter ou à refuser de donner un effet de droit privé à des normes émanant d'un autre État. Cette main-forte d'un premier ordre juridique à un second est prêtée en dépit du contraste des conceptions de l'un et de l'autre. Il s'agit donc d'une tolérance active, qui atteint sa limite lorsque le contraste devient trop important. L'effet est alors refusé à la norme étrangère car il heurterait, selon l'expression consacrée, l'*ordre public de droit international privé de l'État sollicité*. En ce sens, « l'ordre public international fixe les bornes de la tolérance de notre système juridique envers les institutions étrangères » ³⁶.

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

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

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

35 V. *supra*, n° 8.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

25.- Cette aporie, aux termes de laquelle « il serait [...] moralement bon d'accepter ce qu'on croit être moralement mauvais » ne se résout qu'à deux conditions : 1° - Il faut distinguer irréductiblement la morale du sujet dont la tolérance est en question et la morale de celui dont le comportement est en cause⁵⁰ ; 2° - Il faut affirmer l'existence d'un seuil de tolérance, c'est-à-dire soutenir que « Jusqu'à un certain point, c'est un bien de tolérer le mal ; mais une fois ce seuil franchi, ce n'est plus un bien de tolérer le mal, c'est un mal, presque aussi grave que de le commettre »⁵¹ ; et que cette intolérance est « un moindre mal »⁵², ce qui suppose une mise en balance des deux maux — le mal de laisser commettre le mal (fût-ce le mal commis par autrui), et le mal de ne pas laisser faire autrui (fût-ce lorsqu'il commet le mal).

26.- Pour obtenir plus de détails, il faut légèrement changer les termes de la question et passer de la tolérance à la complicité dans la commission du mal et à la limite du devoir d'obéissance. Au demeurant, cette transition est suggérée par les auteurs eux-mêmes⁵³.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

54 V. *supra*, note 47.

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

56 *Idem*, p. 46.

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

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

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

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

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

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

⁵⁹ V. *supra*, n° 15.

α.- Monisme

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

β.- Pluralisme

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

α.- Monisme

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

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

β.- Pluralisme

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

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

α.- Monisme

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

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

β.- Pluralisme

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

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

α.- Monisme

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

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

β.- Pluralisme

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSION

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

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

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

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