



MOINE-DUPUIS (Isabelle), *Essai sur les fondements d'un droit international de la personne humaine*, Credimi, coll. Théories et droit, LexisNexis, vol. 2, 2014, 139 pages.

Horatia Muir Watt

DANS **REVUE CRITIQUE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ** 2014/4 N° 4 , PAGES 981F À 992F
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 0035-0958

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-critique-de-droit-international-prive-2014-4-page-981f?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

IV. — BIBLIOGRAPHIE

I. — LIVRES

BARTELSON (Jens), *Sovereignty as Symbolic Form. Critical Issues in Global Politics*, Routledge, 2014, 126 pages.

Cet ouvrage du politiste suédois Jens Bartelson contient un brillant essai en théorie des relations internationales qui doit retenir l'attention des juristes internationalistes à plusieurs titres. Il contribue en effet à une réflexion transversale sur les effets de la globalisation sur les institutions de la modernité, qui est aussi significative aujourd'hui dans les sciences sociales, qu'elle reste peu nourrie dans le domaine juridique. Là où certains récits relatifs à l'émergence, la consistance et la fonction de la souveraineté ont été « démenagés » en théorie politique, ils restent en effet tenaces ou en tout cas incontestés dans la doctrine juridique. Le projet mené par l'auteur en théorie politique est de relier les débats contemporains relatifs au concept de souveraineté étatique à une question plus large d'ontologie sociale : dans quel genre de monde habitons-nous et de quelles entités est-il composé ? À cet égard, la réponse la modernité a été de considérer le « système international » comme étant constitué d'États-nations autonomes et égaux.

Ces derniers attributs caractérisaient la souveraineté, perçue soit selon une approche essentialiste comme une norme (Kelsen) ou un fait politique brut (Schmidt), soit, plus récemment d'après le tournant constructiviste, comme un concept sémantique contingent et susceptible d'instrumentalisation idéologique. Sans nécessairement disqualifier ces vues au fond, l'auteur propose de voir dans la souveraineté une « forme symbolique » (comme un objet géométrique), en observant à cet égard la façon dont la souveraineté a traversé les différents stades de symbolisation théorisés par Ernst Cassirer. À cet égard, la souveraineté serait une perspective organisatrice de la réalité – et non une *représentation* de celle-ci (ce qui permet de tenir pour non pertinente l'observation selon laquelle elle serait dépassée au plan descriptif) – qui a permis de donner une structure et un sens au monde juri-

dique. En agençant l'ordre international moderne, elle a notamment servi à exclure certaines formes de vie politique (emblématiquement, celles de peuples non européens).

En même temps, cependant, elle a fait l'objet d'une fétichisation dans ce contexte (au sens où elle s'est vue attribuer des pouvoirs inhérents tout en faisant l'objet simultanément de tentatives de contrôle définitionnel) qui rend aujourd'hui très difficile d'en saisir la nature ou d'en comprendre les fonctions, dans un monde secoué par la globalisation, où l'État est concurrencé par des acteurs non étatiques (entités supra-gouvernementales ou privées). L'utilité de concevoir la souveraineté en tant que forme symbolique est de contourner ou neutraliser cette difficulté en la resituant dans un contexte global, c'est-à-dire, en dehors du « système international » au service duquel cette fétichisation a eu lieu. Cette démarche permet tout d'abord de souligner à quel point les débats contemporains qui peinent à prendre au sérieux les transformations ontologiques induites par la globalisation actuelle négligent les pré-conditions historiques de l'État moderne, qui n'a émergé lui-même qu'à la faveur de l'appréhension d'un espace socio-politique global. La période pré-moderne avait été caractérisée en effet par diverses conceptions de l'autorité politique qui n'avaient aucune limite spatiale.

Ensuite, surtout, elle permet de suivre ces débats sur le terrain des dimensions idéologiques de la globalisation, pour explorer l'idée que le remplacement de la souveraineté étatique par la gouvernementalité impliquerait nécessairement d'emprunter la voie post-étatique de la biopolitique. Sur ce point, l'auteur suggère de façon très convaincante qu'en réalité, c'est l'État souverain lui-même (plutôt que sa population), qui, loin de disparaître, devient l'objet de gouvernement. Autrement dit, on assiste à une gouvernementalisation de la souveraineté (ou une forme de « néo-étatisme »), fréquemment occultée par l'attention prêtée (à juste titre par ailleurs) à l'évolution néolibérale de l'économie globale. La souveraineté devient alors une sorte de concession conditionnée moyennant le respect de certains critères de « bonne gouvernance » paramétrés par le système international globalisé (au moyen d'instruments de mesures tels le *bench-marking* : v. *supra*, p. 245) et agissant lui-même par le canal des « milliers de petits empereurs » non étatiques (dont les institutions financières, les agences de notation, les ONG, etc.).

La conclusion mérite alors que l'on s'attarde, afin de réfléchir aux perspectives qu'offre ce nouveau prisme par lequel comprendre le monde. Pour J. Bartelson, tandis que les instances de vie politique non conformes à la forme symbolique et homogénéisante de la souveraineté deviennent (comme ils l'ont toujours été, quelle que soit la consistance concrète de cette forme) les *Autres* de l'ordre international, et puisque les appels à l'état de droit semblent accroître les processus de gouvernementalisation plutôt qu'ils ne le freinent, le *nomos* de la terre se voit subtilement re-écrit, de façon à faire de celui-ci un empire à titre autonome, fondé sur une revendication d'autorité illimitée et soutenu par des valeurs morales à vocation universelle. La question que ne peut manquer de se poser le lecteur est alors de savoir quelles sont les voies de résistance possibles (comp. se posant cette même question, l'ouvrage de P. G. Monateri, *La geopolitica del diritto*, dont le compte rendu

est publié *in* Rev. crit. DIP 2013. 543) et s'il n'y a vraiment d'autre choix que de « prendre le maquis », comme le suggère J. Bartelson.

Horatia MUIR WATT

FRANKENBERG Gunter (ed.), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Edward Elgar, coll. Comparative Law and Legal Culture, 2014, 366 pages.

De prime abord, tant les constitutions que les cultures pourraient sembler éloignées de l'objet de cette Revue. Pourtant, il est difficile aujourd'hui de faire (penser, pratiquer) du droit international privé (sans doute faudrait-il dire, du droit dans son ensemble) sans traverser diverses frontières disciplinaires afin de comprendre (sinon d'importer), d'autres méthodes, d'outils d'analyse, de façons de voir. On peut choisir, bien sûr, de ne faire que de la technique juridique, sous forme de glose de décisions judiciaires (quoique, celles-ci étant toujours plus discursives, une telle glose doit changer de forme sous peine de redondance) ou d'analyse des textes (toujours plus nombreux et susceptibles de cacher le bois derrière les arbres...). Mais ce serait passer à côté du fait que les questions juridiques transnationales les plus difficiles non seulement engagent désormais plusieurs branches du droit, mais soulèvent aussi des questions d'ordre politique, social ou économique qui nécessitent plus que jamais de mobiliser des savoirs connexes. Par ailleurs, ce serait également vider la matière d'une grande partie de la richesse intellectuelle qui la caractérise et qu'il faut sans doute accepter d'identifier ailleurs désormais que dans les discussions méthodologiques sur le conflit de lois.

À cet égard, les débats sur la culture juridique et les transformations qu'elle subit du fait de la circulation d'idées, naguère limitée à un cercle réduit de comparatistes, a connu un rebond remarquable en raison tant de l'apport de l'anthropologie que des interrogations que suscitent les vicissitudes de l'idéal européen, de sorte que le rapport de cousinage asymétrique du droit comparé avec le droit international privé s'est insensiblement inversé au profit du premier, désormais perçu comme doté des méthodologies les plus intéressantes. Par ailleurs, les débats sur le constitutionalisme ont largement dépassé le ressort des seuls juristes constitutionnalistes nationaux, surfant sur cette nouvelle vague comparatiste pour rejoindre l'horizon de la gouvernance globale, en même temps que les politistes et les internationalistes publicistes. Le droit international privé, resté en marge, en est cependant affecté, car les questions constitutionnelles ou para-constitutionnelles l'alimentent désormais abondamment, ne serait-ce qu'à travers les droits fondamentaux. Par ailleurs, l'on s'interroge à présent sur sa propre constitution, au sens des principes et valeurs fondateurs qui en feraient la spécificité (J. Bomhoff, *The constitution of the conflict of laws*, *in* H. Muir Watt et D. Fernandez Arroyo (eds), *Private international law and Global governance*, OUP, 2014).

C'est la troisième partie de l'ouvrage, ayant pour intitulé *Ordering pluralism – alternative normative orders challenging the state-centeredness of constitutionalism* qui retient particulièrement l'attention au regard de ces débats. Elle comporte une première entrée par Jennifer Hendry sur *Legal pluralism and normative transfer*, qui explore les liens entre la question du pluralisme (dont on sait qu'elle a été qualifiée par B. de Sousa Santos de concept-clé d'une vision post-moderne du droit), et celle de transfert juridique, envisagé d'un point de vue anthropologique. L'idée développée dans cette contribution est qu'en mettant en relation ces deux séries d'idées, on parviendrait à faire ressortir une nouvelle dimension dans le débat sur le pluralisme des normes (qu'elles soient *infra-* ou *supra-* étatiques). Ainsi, les divers processus de circulation des normes donneraient lieu à un « espace » d'interaction entre celles-ci, détachées de leurs cultures d'origine. Cette interaction serait affectée par les représentations des frontières, élément-clé du concept de transfert juridique. L'intérêt de ce chapitre pour le droit international privé réside dans l'éclairage donné à une série de difficultés qui se trouvent au centre des interrogations de cette matière à l'égard du pluralisme : comment identifier la juridicité de normes non étatiques et quelle méthode proposer pour résoudre les conflits entre elles ?

La seconde contribution sous la même rubrique, par Julia Eckert, *Who is afraid of legal transfers ?*, est également riche d'enseignements pour le droit international privé. En effet, envisageant les « transferts juridiques » du point de vue non pas, comme c'est habituellement le cas notamment en droit comparé, du système d'origine, mais de celui qui les reçoit ou subit, cet auteur examine les différentes théories de la « vernacularisation » des concepts, normes ou institutions étrangers ou à vocation universelle (réplication, hybridation, subversion). Elle pointe alors l'émergence de façons nouvelles de conceptualiser la culture. En soi, ces développements sont de nature à retenir l'attention, tant l'usage est fréquent de la notion de culture juridique, et embryonnaire la réflexion des juristes à son sujet, qui la prennent trop souvent comme une donnée, alors qu'elle appelle une élucidation. Cet intérêt est cependant d'autant plus fort que le vocabulaire utilisé revêt une familiarité presque étrange. Que signifie l'extranéité d'une loi ? Qu'implique pour une relation sociale l'application d'une loi qui lui est étrangère ? Si cette dernière question a longtemps été au centre des débats anthropologiques, les enjeux identifiés par ces derniers méritent certainement d'être discutés dans notre champ, si voisin.

Horatia MUIR WATT

GALLO (Daniele), PALADINI (Luca), PUSTORINO (Pietro) (dir.), **Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions**, préf. Gráinne de Búrca, Springer, 2014, 558 pages.

Une vingtaine d'auteurs originaires de différents continents ont exploré, sous la direction de trois spécialistes italiens du droit international et européen,

D. Gallo (Rome), L. Paladini (Rome) et P. Pustorino (Sienne), le statut juridique des couples de même sexe. L'originalité de la démarche, par rapport à d'autres ouvrages consacrés au même thème, réside dans la perspective adoptée. L'ouvrage se focalise sur le rôle de la jurisprudence – nationale, supranationale et internationale – dans la reconnaissance des couples de même sexe. Il s'agit pour les auteurs d'apprécier les rôles respectifs qu'ont joués le juge et le législateur dans le processus de cette reconnaissance, en étudiant un grand nombre d'États différents, comprenant l'Amérique du Nord, l'Amérique latine, l'Europe (du Nord et du Sud, de l'Ouest et de l'Est), l'Afrique du Sud, l'Australie et la Nouvelle Zélande. Il n'y a que l'Asie qui n'est pas représentée parmi les pays étudiés. Il ressort des différentes contributions que le juge et le législateur forment en la matière un couple inséparable, dans lequel le premier joue plutôt le rôle de leader, le second celui de *co-star* (p. 4). En effet, selon les auteurs, une tendance générale en faveur de la reconnaissance des couples de même sexe peut être observée aujourd'hui, qui est souvent due à l'interprétation de la loi par le juge. Toutefois, des exceptions existent, comme le montre par exemple le chapitre consacré aux droits australien et néo-zélandais, qui établit au contraire le rôle fondamental et précurseur qu'a joué ici le législateur. Par ailleurs, la forme qu'a prise le travail pionnier du juge varie d'un système juridique à l'autre, et dépend largement de l'attitude du législateur national. Lorsque le juge suit une approche au cas par cas, reconnaissant certains droits dans des contextes dans lesquels aucun statut juridique pour les couples de même sexe n'a été consacré par le législateur, ceci n'apporte pas de réponse au problème de la discrimination résultant précisément de l'absence de régime légal spécifique, dans la mesure où la tâche d'instituer positivement des garanties et droits en faveur des citoyens incombe au législateur.

L'importance du rôle joué par le juge soulève des interrogations au regard de la séparation des pouvoirs, en particulier en termes de légitimité et de démocratie. La problématique est rendue très complexe du fait, d'une part, que le juge en question peut être un juge supranational dont la jurisprudence influe à la fois sur la position du juge national et sur celle du législateur national et, d'autre part, que l'on observe de nombreux dialogues à la fois verticaux et horizontaux (par ex. entre législateurs nationaux, entre un juge supranational et un juge national et/ou un législateur national, entre différents juges supranationaux, etc.). Parmi les questions auxquelles l'ouvrage cherche à répondre, figurent notamment les suivantes : quelle est la frontière entre l'activisme judiciaire (le gouvernement des juges), d'un côté, et la reconnaissance judiciaire de droits fondamentaux en tant que remède à l'inertie législative, de l'autre ? Quand l'action du législateur ne peut-elle plus être regardée comme le meilleur moyen de protéger les droits des citoyens ? Dans quelle mesure le juge peut-il pousser le législateur à prendre les droits des couples de même sexe au sérieux ? À cet égard, les trois directeurs de l'ouvrage partagent la conviction que, lorsque sont en jeu des droits issus de changements sociaux et culturels, le juge, sans nécessairement être un agent de changement investi d'un rôle créateur, devrait néanmoins être actif, en reconnaissant les transformations socio-culturelles

qui se sont produites dans la société et en fournissant un cadre juridique afin de les accueillir (p. 10).

L'ouvrage est construit en deux parties. La première partie est consacrée aux jurisprudences nationales qui sont étudiées à la fois du point de vue du droit interne et de celui du droit international privé, alors que la seconde partie porte sur la jurisprudence d'un certain nombre de juridictions (ou quasi-juridictions) supranationales et internationales, comme la Cour EDH, la Commission et la Cour interaméricaines des droits de l'homme, la CJUE, le Tribunal administratif des Nations unies, le Tribunal administratif de l'OIT, etc. En ce qui concerne plus particulièrement la section consacrée au droit international privé, elle comporte trois chapitres : le premier chapitre, rédigé par Roberto Virzo, porte sur la loi applicable à la formation de partenariats et de mariages entre personnes de même sexe, le deuxième chapitre, issu de la plume de Giacomo Biagioni, examine la thématique de la reconnaissance des mariages et partenariats entre personnes de même sexe célébrés/enregistrés à l'étranger, alors que Matteo Winkler s'est intéressé, dans un troisième chapitre, plus particulièrement aux questions de filiation, notamment au regard de l'accès à la PMA, à l'adoption conjointe et à la maternité pour autrui.

Il s'agit d'un ouvrage remarquable qui est particulièrement précieux en raison du très large éventail de juridictions dont la jurisprudence a été exploitée, ce qui permet de fournir une vue d'ensemble des différentes approches mises en œuvre par elles. Quant à la réflexion sur la séparation des pouvoirs et le rôle que peut/doit assumer le juge, face au spectre toujours présent d'un gouvernement des juges, elle possède une portée qui dépasse très largement la seule problématique des couples de même sexe. Il suffit d'évoquer du point de vue français l'exemple de la maternité pour autrui, qui n'est pas une problématique propre aux couples de même sexe, pour réaliser combien la répartition des rôles entre le législateur et le juge est aujourd'hui en question face à de telles évolutions de la société.

Sabine CORNELOUP

LOQUIN (Éric), MANCIAUX (Sébastien) (dirs. publ.), *L'ordre public et l'arbitrage*, Dijon, CREDIMI / LexisNexis, 2014, 258 pages.

Ce livre, soigneusement édité, contient les contributions au Colloque qui s'est tenu à la Faculté de droit de Dijon en mars 2013, organisé par le CREDIMI qui demeure toujours très actif. Curieusement, au moment exact de la reliure du livre, en février 2014, la Cour de cassation réaffirmait une fois de plus sa notion restreinte du contrôle de l'ordre public (Civ. 1^{re}, 12 févr. 2014, Gaz. Pal. 27 juin 2014, n° 178-179, p. 15, obs. D. Bensaude ; JCP 2014, n° 475, note D. Mouralis). En effet, dans cet arrêt la Cour affirme que « doit être rejeté le recours en annulation qui, à travers une critique de la sentence pour contrariété à l'ordre public, tend

en réalité à une nouvelle instruction au fond de l'affaire ». Certes, on notera que la Cour s'abstient de répéter son mantra selon lequel, pour être sanctionnée de nullité, la violation de l'ordre public doit être « flagrante, effective et concrète », sans pour cela varier l'intensité (faible) du contrôle.

Le sujet a imprégné presque toutes les discussions du Colloque et plus spécialement la séance dédiée au « contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public », ainsi que la table ronde développée justement sous le titre « faut-il modifier les règles du contrôle ? » dont les éléments du débat sont reflétés dans les pages 221 à 242 de l'ouvrage (avec les interventions de Pierre Mayer, Catherine Kessedjian, Francois-Xavier Train et Louis-Christophe Delanoy). Plusieurs intervenants (et notamment Charles Jarrosson), comme l'avaient déjà fait d'autres auteurs, se sont prononcés pour l'élimination du terme « flagrante ». Cette proposition est retenue, dans la décision de la Cour de cassation du 12 février 2014, par l'avocat général référendaire (suivant en cela la ligne apparemment ouverte par la Cour d'appel de Paris, 26 févr. 2013, n° 2011/17961, D. 2013. 2936, obs. Th. Clay). Néanmoins, la Cour semble avoir doublé le pari : on peut éliminer tous les adjectifs dans la mesure où l'examen de la violation de l'ordre public ne heurte pas le principe de la non-révision au fond de la sentence. Cela nous rappelle que la Cour ne traite ici que l'ordre public substantiel. En revanche, la jurisprudence française se montre de plus en plus sévère en ce qui concerne l'ordre public procédural.

La façon selon laquelle la jurisprudence française, qu'elle soit judiciaire (Jean-Pierre Ancel) ou administrative (Rodolphe Féral), a administré les rapports entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique arbitral n'a pas été, évidemment, le seul sujet soumis à la discussion des participants au colloque. Loin de là. Outre l'état actuel de l'évolution de la jurisprudence hexagonale, le livre permet de constater qu'au cours du colloque, l'ordre public a été abordé sous plusieurs angles sectoriels et substantiels, l'idée étant qu'il n'existe pas une seule manifestation de l'ordre public mais plusieurs.

Dans la première de ces perspectives, les débats ont porté sur les particularités qu'assume la notion d'ordre public dans le cadre des domaines spécifiques comme ceux de l'arbitrage commercial, de l'arbitrage sportif (Gérald Simon), de l'arbitrage d'investissements (Sébastien Manciaux) ou des sanctions économiques adoptées par le Conseil de sécurité des Nations unies (Mathias Audit), ainsi que dans le contexte spatial de l'Union européenne (Olivier Caprasse). En ce qui concerne les aspects plus substantiels du rapport entre l'ordre public et l'arbitrage, parmi les questions abordées se trouvent les « normes porteuses » de l'ordre public (Jean-Baptiste Racine), la situation actuelle de l'arbitrabilité (Laurence Ravillon), le nouveau rôle des arbitres dans la mise en œuvre du respect de l'ordre public (Anne-Sylvie Courdier-Cuissinier et Stéphanie Grayot-Dirx), le renouvellement des efforts pour préciser le concept d'ordre public transnational (Jean-Michel Jacquet) et la question voisine de la fraude (Jacques Pellerin).

Plus précisément, à l'égard de ces dernières questions, il est intéressant de souligner que plusieurs intervenants ont insisté sur la mutation de la notion d'ordre public propre à l'arbitrage. Si elle est d'abord différente de

celle appliquée par les juges, elle doit l'être aussi par rapport à la notion que l'on pouvait accepter lorsque le recours à l'arbitrage était plus ou moins exceptionnel. Jean-Michel Jacquet l'explique très bien en faisant allusion à la « nécessité » d'un ordre public transnational et en donnant des éléments pour le concrétiser. Dans ce sens s'inscrit également l'invitation de Catherine Kessedjian à inclure la *compliance* dans le concept d'ordre public, en dépassant le cadre strict des lois applicables pour comprendre aussi des « standards éthiques ».

À notre avis, étant donnée l'ampleur du recours à l'arbitrage, érigé en voie essentielle (voire virtuellement exclusive dans certains domaines) du règlement des litiges commerciaux internationaux, il ne semble pas très sensé de continuer à répéter que l'arbitrage est une affaire qui n'intéresse que les parties impliquées dans le litige. En effet, parmi les causes de cette généralisation de l'arbitrage, il faut reconnaître une place essentielle à l'attitude plus ou moins concertée des États de permettre qu'une variété croissante de litiges puisse être réglée par cette voie non judiciaire. D'une part, cette « extension irrésistible de l'arbitrabilité », selon les termes d'Éric Loquin, fait de l'arbitre le véritable juge de l'ordre public dont la notion, aussi plurielle qu'elle puisse être, a toujours un caractère général et non particulier à un litige donné. D'autre part, une telle extension ne peut être faite sans payer le prix de ce que chaque État se réserve le droit de contrôler l'utilisation de ce pouvoir par les arbitres par rapport aux sentences qui entrent en contact avec son ordre juridique. La gradation de ce deuxième contrôle dépend des règles applicables dans chaque État et de la façon selon laquelle leurs tribunaux les interprètent. Et il est bien connu qu'une même sentence est parfois jugée « régulière » dans une juridiction et absolument inacceptable dans une autre.

En réalité établir une opposition entre contrôle de la violation de l'ordre public substantiel et révision au fond de la sentence ne cesse pas d'être paradoxale, car la deuxième est logiquement nécessaire pour découvrir la première. La vraie question est de trouver l'équilibre entre le nécessaire respect de la décision des arbitres et la protection due à l'ordre juridique dans lequel une sentence doit s'insérer. En effet, le non-respect de la décision arbitrale semble contradictoire avec la confiance que les législateurs (tous les législateurs, nationaux et internationaux) font à l'arbitrage. C'est aussi contradictoire avec la volonté des parties, qui cherchent en principe dans l'arbitrage un mécanisme de résolution des litiges par un seul tir. Là où la balance peut pencher plutôt du côté de la nullité de la sentence pour violation de l'ordre public, c'est lorsque celui-ci n'est pas défini en termes purement paroisiaux, mais est fortement influencé par une conception *transnationale*.

Enfin, il serait erroné de dire que la jurisprudence française maintient ce contrôle ultra léger de l'ordre public pour protéger Paris comme place d'arbitrage. On y voit plutôt une approche particulière de l'arbitrage qui voit en celui-ci une véritable justice internationale. Car le contrôle *a minima* de la jurisprudence française n'est pas un argument pour les parties de choisir Paris comme siège de leur arbitrage. En témoigne le choix très fréquent

de New York comme siège de l'arbitrage, dont on connaît la jurisprudence en matière de contrôle des sentences. Un examen – disons plus étendu – du respect de l'ordre public par les juridictions newyorkaises n'empêche pas de faire de New York un lieu très prisé par les parties.

Diego P. FERNÁNDEZ ARROYO

MENJÍVAR (Cecilia), KANSTROOM (Daniel) (dir.), **Constructing Immigrant « Illegality »**. Critiques, Experiences, and Responses, Cambridge University Press, 2014, 399 pages.

On estime que plus de onze millions de personnes vivent aux États-Unis en situation irrégulière. Face à ce phénomène d'une irrégularité de masse, une équipe pluridisciplinaire de chercheurs américains s'est livrée à une réflexion critique sur la notion d'irrégularité en droit des étrangers. Dirigé par une sociologue (C. Menjívar, Arizona State University) et un juriste (D. Kanstroom, Boston College Law School), l'ouvrage réunit les contributions d'anthropologues, de juristes, de politologues, de sociologues et de chercheurs en sciences des religions. L'accent est mis sur la condition et la production de l'irrégularité, en vue de mettre en lumière la complexité de ce concept.

La recherche part du constat que, dans les autres branches du droit, c'est le comportement de la personne qui détermine son basculement – ou non – dans l'illégalité. Tel est en particulier l'approche du droit pénal. Or, en droit des étrangers, l'origine de l'illégalité est plus complexe puisque celle-ci peut certes tenir au comportement personnel de l'étranger (le fait d'avoir franchi la frontière clandestinement, le fait de ne pas avoir sollicité un titre de séjour, etc.), mais également, exclusivement, au statut de l'étranger au regard de la loi (par exemple, le fait d'être présent sur le territoire américain après y avoir été amené au cours de l'enfance dans des conditions irrégulières). Ainsi, un étranger peut faire l'objet d'une procédure d'éloignement du territoire pour l'unique raison qu'il ne possède pas le statut juridique adéquat permettant d'être considéré comme étant en situation régulière. Cette circonstance fait comprendre que la notion d'irrégularité, en droit des étrangers plus qu'ailleurs, ne relève pas du donné mais fondamentalement du construit. Le droit fait et défait l'irrégularité ; celle-ci ne s'impose pas. Un tel constat appelle un changement de perspective : au lieu de raisonner en se focalisant sur les individus qui sont porteurs d'illégalité, il convient de porter son attention sur les lois qui créent cette catégorie juridique de l'illégalité et qui produisent ainsi des étrangers en situation irrégulière. Les auteurs de l'ouvrage, convaincus que toute discussion sur les politiques d'immigration suppose au préalable une connaissance critique du concept de l'irrégularité, se livrent ainsi à une analyse pluridisciplinaire de celle-ci, en examinant comment elle est née, comment elle est utilisée, comment elle est vécue et comment elle est combattue.

L'un des nombreux enseignements que l'on peut tirer de ce travail est qu'il serait erroné de croire qu'une séparation nette partage en pratique la régularité de l'irrégularité. La ligne de séparation entre la légalité et l'illégalité est perméable, comme le montre le cas des familles dont les enfants sont des citoyens américains, alors que les parents sont en situation irrégulière et peuvent faire l'objet d'une décision d'éloignement. Plus largement, il existe une zone grise, au sein de laquelle des étrangers vivent en situation irrégulière, bien que leur présence sur le territoire soit tolérée, voire sollicitée, notamment au regard des besoins du marché du travail. En effet, la politique d'éloignement n'est pas toujours mise en œuvre avec la même détermination, dans la mesure où l'économie repose, dans certains secteurs, en grande partie sur une main-d'œuvre étrangère illégale. Des politiques discrétionnaires, consistant par exemple à ne pas exécuter ponctuellement une décision d'éloignement ou à régulariser certains étrangers en situation irrégulière, brouillent les frontières de l'illégalité.

Plusieurs chapitres de l'ouvrage se penchent sur les effets que l'irrégularité produit, à court et à long terme, sur les conditions de vie des immigrés qui vivent dans ces espaces d'irrégularité. L'illégalité se révèle être une condition existentielle de l'étranger. Nulle part en dehors du droit des étrangers, on ne peut trouver des exemples comparables. Les auteurs décrivent une « caste » permanente de résidents étrangers sans papiers, vivant comme une sous-classe, dans une société qui par ailleurs se vante d'adhérer au principe de l'égalité devant la loi. Sur le fondement d'études de terrain, différents aspects de l'expérience vécue par les immigrés sont explorés. Parmi eux, on peut mentionner notamment la situation particulière de jeunes adultes sans papiers, celle des familles d'origine mexicaine confrontées à la menace d'un éloignement du territoire alors que leurs enfants sont des citoyens américains, ou encore celle des étrangers ayant possédé le statut de résident permanent légal, mais qui font l'objet d'une procédure d'éloignement avant d'avoir pu solliciter une naturalisation.

L'ouvrage aborde aussi les différentes formes de résistance et de réaction que provoque le système légal actuel, que ce soit au sein des mouvements en faveur des droits des étrangers, de certaines communautés religieuses, ou au sein des rangs de la police.

Sur le plan formel, la recherche est divisée en quatre parties consacrées successivement à la construction de l'illégalité, à l'étude empirique d'expériences d'illégalité vécues, aux réponses et réactions provoquées par l'illégalité, et enfin aux politiques d'immigration, notamment au regard de l'État de droit et des droits de l'homme.

Les coordinateurs de l'ouvrage ont fait le choix de porter leur regard exclusivement sur le contexte américain, ce qui est dommage. Les hypothèses étudiées par eux ne sont ainsi pas toujours transposables directement au contexte européen. En particulier, les auteurs décrivent certaines hypothèses d'éloignement du territoire américain dans lesquelles l'étranger aurait bénéficié en France, dans une situation comparable, d'une protection contre l'éloignement. Toutefois, le questionnement sur le concept même de l'irrégularité est universel et, à cet égard, l'ouvrage apporte un regard profondément

nouveau sur une notion perçue encore trop souvent sans réflexion critique. En effet, la problématique de la construction de l'irrégularité en droit des étrangers a été jusqu'à présent assez peu explorée en France et l'ouvrage mérite par conséquent d'être largement connu des lecteurs français.

Sabine CORNELOUP

MOINE-DUPUIS (Isabelle), *Essai sur les fondements d'un droit international de la personne humaine*, Credimi, coll. Théories et droit, LexisNexis, vol. 2, 2014, 139 pages.

Le droit, plus particulièrement le droit international, peut-il développer une pensée spécifique sur la personne ? Ce petit – en termes de volume, mais non de densité, ni de sens ! – ouvrage tente de répondre à cette question, en en définissant les termes avec une remarquable hauteur de vue. En effet, une réflexion menée dans d'autres disciplines au sujet des grandes tendances économiques et politiques liées à la globalisation, nous enseigne que le concept de personne humaine « ne va pas de soi ». D'une part, les sciences cognitives et la psychanalyse ouvrent des questions sur la subjectivité. D'autre part, les frontières entre la science « dure » et la culture deviennent floues. Les doutes tendent à percer également, souvent à retardement, au sein du droit, parce que le corps humain est sujet à des interventions d'ordre technologique qui étaient inimaginables non seulement lors de la mise en place de la réflexion sur l'humain à l'époque des Lumières, mais aussi à l'ère du grand tournant épistémologique du vingtième siècle qui a vu l'essor des sciences de la société.

Il en va pareillement du développement des outils de la gouvernabilité numérique qui apportent autant de bienfaits à la population qu'ils comportent des risques d'intrusion dans la vie privée de chacun. De même, la prise de conscience de l'impact des activités humaines sur l'environnement naturel met en présence de choix politiques et éthiques. À ces deux égards, l'idée de marchandisation (ou de *commodification*) des valeurs liées à la personne, sa dignité, son intégrité, occupe les devants de la scène dans les débats de philosophie morale et politique. Elle constitue aussi le point d'entrée de cet ouvrage au sein de cette discussion. Sur ce point, le projet est de montrer comment, au-delà des incertitudes et tensions liées à l'émergence d'un ordre international autre que celui de l'égalité souveraine, le droit montre la voie en vue de construire un statut spécifique de la personne, « tourné vers un devoir-être dont l'élément essentiel est la relation au monde et à autrui ».

La démarche qui sous-tend cette recherche retient tout particulièrement l'attention, au moment où le débat resurgit à nouveau sur les méthodologies dans les sciences sociales et rejaillit de façon conséquente sur la discipline juridique. Celle-ci fonctionnerait en vase clos, ou interagirait-elle avec son contexte ? Et dans ce dernier cas, est-elle réceptacle passif des méthodes

développées dans les sciences voisines, ou est-elle capable de contribuer plus constructivement à cette réflexion en fournissant notamment ses propres outils d'analyse, épistémologiques ou philosophiques ? Isabelle Moine-Dupuis rejoint ceux qui, développant une réflexion méthodologique à l'intérieur du droit, relèvent le défi, considérable, de la construction d'une pensée sur ses institutions et concepts fondateurs qui soit à la fois spécifiquement juridique et pleinement informée par des savoirs venus d'ailleurs. Le résultat – sous forme de questions - auquel parvient son étude au fond, invite à prolonger cette réflexion : « Le droit se limiterait-il à accompagner une appropriation ou une marchandisation du monde, ou bien orienterait-il, parallèlement et par tous les moyens possibles, chaque homme vers une communion avec ce même monde, et avec les autres ? ».

Horatia MUIR WATT