



Article scientifique

Article

2004

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

L'européanisation du droit privé et de la méthode comparative - Etude de cas

---

Kadner Graziano, Thomas

**How to cite**

KADNER GRAZIANO, Thomas. L'européanisation du droit privé et de la méthode comparative - Etude de cas. In: Revue suisse de droit international et européen/Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht (RSDIE/SZIER), 2004, n° 3, p. 233–254.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44584>

# L'européanisation du droit privé et de la méthode comparative – Etude de cas

par

THOMAS KADNER GRAZIANO\*

## Sommaire

- I. Introduction
- II. Cas pratique
- III. Résolution du cas selon les différents droits nationaux
- IV. Résolution du cas selon l'approche traditionnelle de droit comparé
- V. Résolution du cas selon l'approche internationale de droit comparé
  - A. Point de départ : Dissolution des familles de droit
  - B. Regroupement par solutions et changement de perspective
  - C. La valeur ajoutée de l'européanisation de la méthode comparative
    - 1. Etablissement d'une « authentique communauté européenne de juristes »
    - 2. Objectivité dans l'appréciation des solutions
    - 3. Découvertes à faire
    - 4. Effet d'harmonisation
  - D. Nouveaux défis pour les comparatistes
- VI. Conclusion

## I. Introduction<sup>1</sup>

Dès l'entrée en vigueur des grandes codifications européennes du droit civil au XIX<sup>e</sup> siècle, les juristes ont eu recours au droit comparé

---

\* Docteur en droit (Francfort-sur-le-Main), habil. (Université Humboldt, Berlin), LL.M. (Harvard), professeur ordinaire à l'Université de Genève, directeur du programme du Certificat de droit transnational de la Faculté de droit de Genève

<sup>1</sup> Littérature sommaire : René DAVID/Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd., Paris 2002 ; Konrad ZWIEGERT/Hein KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3<sup>e</sup> éd., Tübingen 1996 = *An Introduction to Comparative Law* (traduit par Tony Weir), 3<sup>e</sup> éd., Oxford 1998 ; Hein KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. I, Tübingen 1996 = *European Contract Law*, vol. I, Oxford 1997 ; Filippo RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 1<sup>ère</sup> éd., Vienne/New York 1999 ; Thomas KADNER GRAZIANO, *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht*, Tübingen 2002 ; IDEM, *Europäisches Internationales Deliktsrecht*,

pour améliorer leurs droits nationaux respectifs et pour combler les lacunes de leurs Codes nationaux. La méthode de droit comparé développée dans ce but prenait le seul droit national comme point de départ et comme référence de la recherche.

Depuis la fin du XX<sup>e</sup> siècle, dans la science juridique européenne on parle de plus en plus d'une « européanisation » (ou de « ré-européanisation ») du droit privé, les buts étant d'établir une discussion entre juristes en Europe, d'aboutir à la création d'une conscience juridique commune et – à moyen ou à long terme – d'harmoniser ou même d'unifier le droit privé en Europe.<sup>2</sup> La méthode pour atteindre ces buts ne peut être que comparative. Les protagonistes d'une telle européanisation du droit privé proposent de développer la méthode comparative traditionnelle et de l'adapter aux nouveaux besoins pour arriver à une méthode comparative internationale qui abandonne la seule approche nationale au profit d'une perspective internationale.<sup>3</sup>

Pour illustrer ce changement, un cas d'étude tiré de la jurisprudence des tribunaux nationaux sera traité sous trois angles différents : *premièrement*, en faisant totalement abstraction du droit comparé, *deuxièmement*, selon la méthode traditionnelle de droit comparé et, *troisièmement*, selon une approche que l'on peut appeler *l'approche internationale de droit comparé*.

Le but de la présente contribution sera de montrer d'une part les avantages d'une méthode internationale de droit comparé, son apport à l'établissement d'un discours commun européen, à la création d'une conscience juridique commune aux juristes européens et à l'harmonisation du droit privé européen, et d'autre part les conséquences d'une telle méthode sur le travail des scientifiques, des enseignants et des praticiens en droit privé européen.

---

Tübingen 2003 ; IDEM, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Genève/Bâle/Munich 2004.

<sup>2</sup> Le terme « européanisation » est aussi utilisé dans le sens d'une « communautarisation » du droit. Ce n'est pas le sens qui est employé dans la présente contribution.

<sup>3</sup> Voir Axel FLESSNER, *Juristische Methode und Europäisches Vertragsrecht*, Juristen-Zeitung (JZ) 2002, p. 14–23 ; ZWIEGERT/KÖTZ, *Rechtsvergleichung* (op. cit. note 1), p. 45 s. = *Comparative Law* (op. cit. note 1), p. 46 ; KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht* (op. cit. note 1), p. XI = *European Contract Law* (op. cit. note 1), p. VIII s. ; IDEM, *Gemeineuropäisches Zivilrecht*, in: Herbert Bernstein/Ulrich Drobnig (édit.), *Festschrift für Konrad Zweigert*, Tübingen 1981, p. 481–500 (p. 498) ; KADNER GRAZIANO, *Gemeineuropäisches IPR* (op. cit. note 1), p. 26 ss ; IDEM, *La responsabilité délictuelle en DIP européen* (op. cit. note 1), p. 1 ss ; voir aussi les références *infra*, notes 32 et 42.

## II. Cas pratique

Un magazine édité dans un Etat européen publie un article contenant divers détails de la vie privée d'une actrice célèbre, des interviews fictives ainsi que des photomontages, tout ceci sans le consentement de l'actrice. Le journal est vendu dans plusieurs pays européens. L'actrice, s'estimant lésée dans ses droits de la personnalité et dans son droit au respect de la vie privée, demande des dommages et intérêts à l'éditeur du journal.<sup>4</sup>

Comme les lois et la jurisprudence en matière de protection de la personnalité et de la vie privée divergent fortement d'un pays à l'autre, il est essentiel de savoir quel droit national appliquer pour résoudre ce cas.

La réponse à cette question se trouve dans les règles ayant pour but la coordination des droits privés nationaux, c'est-à-dire dans les règles de *droit international privé* et, plus précisément, dans les règles de droit international privé en matière d'obligations extra-contractuelles. Ces règles, à deux exceptions près,<sup>5</sup> ne sont pas unifiées en Europe. Ainsi, chaque juge qui serait saisi appliquerait les règles de droit international privé de son propre pays.

---

<sup>4</sup> Voir, p. ex. : Cour de Cass. (1<sup>ère</sup> Ch. civ.) 13 avril 1988 (Soc. Jours de France c. Farah Diba), *Revue critique de droit international privé* (Rev. crit.) 1988, p. 546 ; TGI Paris (1<sup>ère</sup> Ch. civ.) 30 juin 1984, Rev. crit. 1985, p. 144 (Duchesse de Windsor) ; TGI Paris (1<sup>ère</sup> Ch. civ.) 27 avril 1983 (Caroline de Monaco c. Soc. Burda GmbH), Rev. crit. 1983, p. 672 ; TGI Paris (1<sup>ère</sup> Ch. civ.) 29 septembre 1982 (Romy Schneider c. les Editions Heinrich Bauer Verlag), Rev. crit. 1983, p. 671, confirmé par Cour d'appel de Paris (1<sup>ère</sup> Ch. civ.) 19 avril 1984, Rev. crit. 1985, p. 141 ; TGI Paris (3<sup>e</sup> Ch. civ.) 23 juin 1976 (Dlle. Aga Khan c. Soc. Axel Springer et autre), Rev. crit. 1978, p. 132 ; Bundesgerichtshof (BGH) 19 décembre 1995 (Caroline de Monaco), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1996, p. 1128 ; Oberlandesgericht (OLG) Hamburg 4 août 1998 (divorce du représentant de la maison d'Hannovre et prince d'Angleterre et d'Irlande), *Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts* (IPRspr.) 1998, n° 43 ; OLG Hamburg 8 décembre 1994 (Caroline de Monaco), *Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport* (NJW-RR) 1995, p. 790 (p. 792 s.) ; OLG Munich, 17 septembre 1986, IPRspr. 1986, n° 142 ; BGH 3 mai 1977, NJW 1977, p. 1590.

<sup>5</sup> Voir la Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière de 1971 (liste des pays membres dans Rev. crit. 2004, p. 287, état au 1<sup>er</sup> mars 2004, ou sur le site [www.hcch.net](http://www.hcch.net)) et la Convention de La Haye sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits de 1973 (liste des pays membres, p. ex. dans Rev. crit. 2004, p. 289, état au 1<sup>er</sup> mars 2004, ou sur le site [www.hcch.net](http://www.hcch.net)).

### III. Résolution du cas selon les différents droits nationaux

Comment le juge résoudre-t-il un tel cas s'il se limitait aux règles de droit international privé de son propre pays, sans avoir recours au droit comparé ?

En *France*, le juge, selon les règles jurisprudentielles françaises, résoudre-t-il le cas d'après le droit en vigueur dans le pays où le journal a été diffusé. Pour les journaux écoulés sur le marché français, le litige serait donc soumis au droit français, pour les journaux vendus en Suisse au droit suisse, etc.<sup>6</sup>

En *Suisse*, le juge appliquerait les dispositions de la loi suisse sur le droit international privé. L'actrice pourrait, en principe, choisir entre trois options<sup>7</sup> :

- a) le droit en vigueur dans le pays de sa résidence habituelle – si le journal y a été vendu ;<sup>8</sup>
- b) le droit en vigueur dans le pays du siège de la maison d'édition ;
- c) le droit en vigueur dans le pays dans lequel le résultat de l'atteinte s'est produit, ce qui correspond au lieu de la vente du journal au client selon la doctrine suisse.<sup>9</sup>

En *Roumanie*, le juge appliquerait les dispositions du code roumain de droit international privé qui, sur ce point, ne diffèrent guère du droit suisse.<sup>10</sup>

En *Hongrie*, selon le règlement hongrois sur le droit international privé, c'est le droit du lieu de l'infraction qui est en principe applicable. Cependant, le droit hongrois sera appliqué, s'il est plus favorable au lésé que le droit étranger désigné.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Voir la jurisprudence française citée *supra*, à la note 4.

<sup>7</sup> Art. 139 al. 1 de la Loi sur le droit international privé (LDIP) suisse = RS 291.

<sup>8</sup> Voir Jean-LUC CHENAUX, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, Genève 1990, p. 238 : « Dans l'esprit du législateur, la résidence habituelle ne devrait être une circonstance déterminante que si elle s'accompagne d'une publication effective et prévisible dans le même Etat » ; voir aussi Bernard DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle/Genève/Munich 2001, Art. 139 n° 3.

<sup>9</sup> CHENAUX (*op. cit.* note 8), p. 239 et s. ; Felix DASSER, *Art. 139*, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder (édit.), *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Internationales Privatrecht*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1996, n°s 10 s. ; Frank VISCHER, *Art. 139*, in: Anton Heini/Max Keller/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (édit.), *IPRG Kommentar. Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)*, Zurich 1993, n° 11.

<sup>10</sup> Art. 112 LDIP roumain.

<sup>11</sup> § 32 al. 1 et 2 du décret-LDIP hongrois.

En *Angleterre*, le juge, selon les règles jurisprudentielles anglaises, appliquerait le droit du pays où le journal a été vendu. Cependant, si le journal a été vendu hors du territoire anglais, l'actrice serait dédommagée uniquement si le droit anglais prévoyait également en l'espèce une responsabilité de l'éditeur. La demande de l'actrice devrait donc satisfaire cumulativement aux conditions de responsabilité de deux ordres juridiques.<sup>12</sup>

En *Allemagne*, le juge, suivant les règles développées par la jurisprudence allemande, accorderait à l'actrice le choix entre le droit en vigueur dans le pays dans lequel le journal a été édité et le droit du pays dans lequel il a été vendu.<sup>13</sup>

En *Autriche*, selon une décision de la Cour Suprême, le juge se baserait sur le droit du pays dans lequel le lésé exerce ses activités principales ; il est présumé que ce critère de rattachement mène, en principe, au pays de la résidence habituelle de la victime – en tout cas si le magazine a aussi été vendu dans ce pays.<sup>14</sup>

Enfin, selon une disposition spéciale de la loi sur le droit international privé *biélorusse*, le juge trancherait selon le droit du lieu de l'acte ou de l'événement qui sert de base à la demande, sans toutefois préciser quel est cet acte ou cet événement.<sup>15</sup>

Dans d'autres pays, par exemple en *Italie*, en *Espagne*, en *Belgique*, en *Pologne* ou encore en *Grèce*, ni le législateur ni la jurisprudence n'ont donné jusqu'à présent une réponse précise à la question du droit applicable à la responsabilité des médias pour atteinte aux droits de la personnalité.<sup>16</sup>

L'observateur est frappé par la très grande diversité des solutions. Force est de constater, comme dans beaucoup d'autres matières de droit privé, un important morcellement du droit en vigueur en Europe. Pour le praticien, il est difficile de voir clair dans cette montagne d'infor-

<sup>12</sup> Section 13 du Private International Law, Miscellaneous Provisions Act 1995 et la « double actionability rule » jurisprudentielle, voir, p. ex., Lawrence COLLINS (édit.), *Dicey and Morris. The Conflict of Laws*, vol. 2, 13<sup>e</sup> éd., Londres 2000, n<sup>os</sup> 35-003 ss, 35R-119 ; John Humphrey Carlile MORRIS, *The Conflict of Laws*, 5<sup>e</sup> éd., Londres 2000, p. 358 ss.

<sup>13</sup> Voir l'art. 40 al. 1 de la Loi d'introduction au Code civil *allemand* et la jurisprudence allemande citée *supra* à la note 4.

<sup>14</sup> Oberster Gerichtshof (OGH) 19 mars 1975, Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- und Justizverwaltungssachen (SZ) 48/28.

<sup>15</sup> Art. 1129 du Code civil *biélorusse*.

<sup>16</sup> Dans ces pays, les règles générales sur le droit international privé en matière de responsabilité extracontractuelle seront appliquées. Pour la responsabilité civile des médias, les rattachements prévus dans ces règles (il s'agit soit de la *lex loci delicti* en général, soit du droit du lieu de la commission de l'acte dommageable, soit du droit du lieu du résultat) doivent encore être concrétisés.

mations et de se servir de la richesse de solutions qui existent en Europe. Pourtant, si les juristes ne tiennent pas compte des solutions et des expériences faites dans d'autres pays européens, rien ne changera à la fragmentation du droit et on ne pourra pas voir naître une prise de conscience de l'existence d'un droit commun européen.

#### IV. Résolution du cas selon l'approche traditionnelle de droit comparé

Le droit comparé permet de profiter des expériences faites dans d'autres ordres juridiques, en faisant découvrir au juriste tout un éventail de solutions possibles pour chaque problème juridique. La méthode comparative est ainsi une source d'inspiration pour trouver des solutions nouvelles et élargit l'horizon juridique. En outre, le droit comparé facilite la compréhension du droit national. En effet, en constatant que pour un problème précis, différentes solutions sont concevables dans l'espace (droit comparé) et dans le temps (histoire du droit), le juriste comprend que telle ou telle réglementation nationale est due moins à des raisons juridiques qu'historiques ou politiques.

Le comparatiste a toujours dû et devra toujours décider quels ordres juridiques étrangers seront pris en compte pour la comparaison. Traditionnellement, les différents ordres juridiques sont regroupés en « familles de droit ». <sup>17</sup> En Europe, on distingue les familles de droit romain, de droit germanique, de Common Law et de droit scandinave. <sup>18</sup> Souvent, la comparaison s'effectue seulement entre le droit national et le droit du pays qui représente telle ou telle famille de droit, soit le droit français, le droit allemand, le droit anglais et quelques fois un droit scandinave. Il arrive également qu'un deuxième membre de la famille de droit germanique, le droit suisse, soit pris en compte étant donné la grande qualité des codifications et de la jurisprudence suisses. Les dispositions des autres ordres juridiques à l'intérieur d'une même « famille » ont été, pendant longtemps, semblables à celles du « représentant » de famille et étaient, pour cette

---

<sup>17</sup> Voir, p. ex., DAVID/JAUFFRET-SPINOSI (*op. cit.* note 1), n<sup>os</sup> 16 ss ; ZWIEGERT/KÖTZ, *Rechtsvergleichung* (*op. cit.* note 1), p. 62 ss = IDEM, *Comparative Law* (*op. cit.* note 1), p. 63 ss.

<sup>18</sup> Dans la tradition française, les droits français et allemand sont regroupés dans une seule famille « romano-germanique », voir DAVID/JAUFFRET-SPINOSI (*op. cit.* note 1), n<sup>os</sup> 17, 25 ss, voir particulièrement n<sup>o</sup> 53.

raison, négligées dans la comparaison. Cela était le cas, par exemple, pour les droits italien, espagnol, belge et néerlandais qui, appartenant à la famille de droit français, étaient, dans la comparaison, représentés par ce dernier.

Limiter la comparaison à des ordres juridiques qui représentent une famille de droit fut, pendant longtemps, un moyen efficace pour réduire le nombre de droits nationaux à étudier sans vraiment influencer le résultat de la recherche.

Un juge belge, italien, espagnol, grec ou bulgare peut ainsi s'inspirer, par exemple, du droit français, allemand ou anglais pour remédier à un besoin de son propre droit ou pour en combler les lacunes.

Toutefois, le but de cette méthode traditionnelle de droit comparé n'est pas la création d'une « conscience juridique commune » aux juristes européens ou l'harmonisation du droit en Europe.

## V. Résolution du cas selon l'approche internationale de droit comparé

### A. Point de départ : Dissolution des familles de droit

Aujourd'hui, les familles de droit se trouvent dans un processus de dissolution. Les codes civils qui ont marqué toute une famille de droit, comme, par exemple, le Code Civil français, prennent de l'âge et la différence entre, par exemple, le droit français et les autres membres de cette famille s'est aujourd'hui considérablement accentuée sur de nombreux points. Tel est le cas pour les droits italien, espagnol, portugais et surtout pour le droit civil des Pays-Bas depuis l'entrée en vigueur de son nouveau Code civil en 1992, le *Burgerlijk Wetboek*. Cette évolution rend obsolète le critère « familles de droit » pour de nombreux domaines du droit privé. Il n'est donc plus possible de limiter la recherche aux quelques « représentants » des anciennes familles de droit.

Les systèmes juridiques de l'Europe de l'Est ont longtemps appartenu à une famille de droit particulière, la famille de droit socialiste.<sup>19</sup>

Actuellement, elle n'existe plus et ses anciens membres frappent à la porte de l'Union européenne et souhaitent s'exprimer dans les dé-

---

<sup>19</sup> DAVID/JAUFFRET-SPINOSI (*op. cit.* note 1), voir, p. ex., la 8<sup>e</sup> éd., Paris 1982, p. 155 ss ; ZWIEGERT/KÖTZ (*op. cit.* note 1), voir la 2<sup>e</sup> éd., vol. I, Tübingen 1984, p. 332 ss.

bats européens. Aucune raison ne justifie de les tenir à l'écart, bien au contraire, puisqu'ils sont en train de se doter de nouvelles lois qui seront les plus récentes – et parfois les plus modernes – en Europe.

A la différence du droit privé, les familles de droit n'ont jamais existé en droit international privé.<sup>20</sup> Cette branche du droit constitue de ce fait un bon exemple pour montrer quelle sera la situation lorsque les familles de droit seront dissoutes. En droit international privé, il n'a jamais été possible de se concentrer sur quelques droits nationaux pour en laisser d'autres de côté.

Dans une situation où la comparaison ne peut pas (ou plus) se limiter à quelques représentants de familles de droit, il faut, en principe, prendre en considération toute la palette d'ordres juridiques en Europe.

Certains auteurs proposent pourtant de limiter la comparaison aux droits des pays de l'Union Européenne.<sup>21</sup>

Cependant, une telle limitation obligerait le comparatiste à écarter le droit suisse, la Suisse n'étant pas membre de l'Union Européenne. Considérant l'importance et la qualité du droit suisse, cette perte serait difficilement justifiable.

De plus, l'idée d'écarter les ordres juridiques de certains pays de l'Est n'apporte qu'une solution provisoire. D'un point de vue pratique, tous ces pays ayant demandé l'adhésion, la limitation proposée deviendra caduque au fur et à mesure de leur entrée effective dans l'Union. En outre, d'un point de vue méthodologique, une limitation – au lieu de dépendre des aléas d'un calendrier politique dicté par des priorités spécifiques – devrait reposer sur des critères juridiques. Pour ces raisons, une telle limitation n'est pas défendable.

## **B. Regroupement par solutions et changement de perspective**

L'approche internationale de droit comparé est basée sur l'idée selon laquelle la solution que chaque ordre juridique apporte à un problème a, en principe, la même valeur que les autres.

---

<sup>20</sup> Jan KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 4<sup>e</sup> éd., Tübingen 2001, p. 81.

<sup>21</sup> C'est la démarche suivie, p. ex., par Christian VON BAR dans son remarquable ouvrage sur les droits européens en matière de responsabilité extracontractuelle : *Gemein-europäisches Deliktsrecht*, vol. I., Munich 1996, vol. II, Munich 1999 = *The Common European Law of Torts*, vol. I, Oxford 1998, vol. II, Oxford 2000.

À l'objectif traditionnel du droit comparé d'améliorer le droit national, s'ajoute l'objectif de discuter les problèmes de droit privé dans un contexte européen et de se servir du droit comparé dans un objectif d'harmonisation.<sup>22</sup> Dans la mesure où ce deuxième objectif prend de l'importance, l'ordre juridique d'un seul pays perd sa valeur de point de référence.

Après la dissolution des familles de droit, il sera donc nécessaire, dans une recherche européenne de droit comparé, de tenir compte, en principe, de tous les ordres juridiques européens pour éviter que seule une *partie* des solutions existantes et des expériences faites ne soit présente dans la comparaison et pour éviter que les ordres juridiques écartés ne participent pas à la discussion européenne et disparaissent de la conscience juridique européenne. Le droit comparé doit faire face à ces dangers.

De même qu'aux Etats-Unis où il serait inconcevable de ne pas prendre en considération les droits privés de certains Etats de la Fédération lors de la résolution d'un problème juridique, il devrait être hors de question qu'en droit comparé européen certains ordres juridiques européens soient d'emblée exclus de la recherche.

Il faut toutefois souligner que l'on ne trouve pas toujours une réponse à une question juridique précise dans chacun des ordres juridiques européens, ce qui a pour conséquence pratique une réduction importante du nombre des droits nationaux à examiner.

Dans le cas de l'actrice lésée dans ses droits de la personnalité par exemple, huit ordres juridiques apportent une réponse précise, alors que dans les autres, la question n'a pas été résolue par le législateur ni par les tribunaux (du moins dans la jurisprudence publiée).

Cependant, même si le nombre est ainsi réduit, il reste encore considérable. Compte tenu de la grande diversité du droit en vigueur dans les différents pays, se pose la question de savoir comment travailler

---

<sup>22</sup> Ce deuxième but peut très bien être poursuivi également par un juge national qui cherche à améliorer son propre droit ou à remplir les lacunes de celui-ci, voir l'ancien président de la Cour fédérale allemande (Bundesgerichtshof) Walter Odersky, *Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)* 1994, p. 1-4 (p. 2) : (traduction de l'allemand) « [...] Le juge national n'a pas seulement le droit de se fonder sur les interprétations d'autres ordres juridiques et tribunaux dans son jugement ; il a aussi le droit – dans le cadre de l'application de son propre droit et bien entendu toujours en faisant une pesée des intérêts entre tous les points de vue à prendre en considération dans l'interprétation et dans le développement du droit – d'attacher de l'importance au fait que la solution entrant en considération serve à l'harmonisation du droit européen. Avec ce raisonnement, il peut, le cas échéant, adopter la solution d'un autre ordre juridique en tant que résultat de la pesée d'intérêts. Avec le processus progressif d'intégration européenne, il devrait appliquer ce raisonnement toujours plus fréquemment. [...] »

avec autant de droits différents. Une fois les « familles de droit » dissoutes, d'autres critères de regroupement doivent être trouvés. Une possibilité serait de classer les ordres juridiques européens en fonction des *solutions* qu'ils apportent à une question juridique précise.

De nos jours, le grand défi du comparatiste est donc le regroupement et la systématisation des solutions du droit privé européen. Pour cela, il est nécessaire d'adopter, d'emblée, une perspective internationale dans la comparaison.<sup>23</sup>

Dans un premier temps, il s'agit d'identifier, parmi les nombreuses solutions des différents ordres juridiques européens, celles qui sont fondamentalement différentes. L'expérience a montré qu'il en existe rarement plus que *trois ou quatre*. A ce stade, c'est-à-dire une fois les grandes lignes des différentes solutions dégagées, il est aisé de former de nouveaux groupes et d'y classer tous les ordres juridiques européens. La grande diversité qui règne à l'heure actuelle dans le droit privé européen est ainsi réduite à trois ou quatre solutions, ce qui permet d'acquérir, pour chaque question juridique précise, une vue d'ensemble du droit privé en Europe.

Quant au litige entre l'actrice et l'éditeur, la diversité des solutions semble, à première vue, à peine maniable et difficile à systématiser. Pourtant, en y regardant de plus près, quatre groupes aux critères différents se détachent :<sup>24</sup>

- Les ordres juridiques du premier groupe ont en commun le fait que le juge applique toujours son propre droit en plus du droit désigné selon d'autres critères (c'est la solution du droit *hongrois* et du droit *anglais* pour des journaux vendus en dehors de l'Angleterre).
- Dans le deuxième groupe, le lésé peut choisir entre plusieurs lois nationales, par exemple le droit du pays du siège de l'éditeur, le droit du pays dans lequel le journal a été vendu, ou encore le droit du pays de la résidence habituelle du lésé (appartiennent à ce groupe les droits *suisse, allemand et roumain*).
- Le critère principal, voire exclusif, du troisième groupe est celui du lieu de la résidence habituelle du lésé (solution du droit *autrichien*).
- Dans le quatrième groupe, le critère de rattachement est le lieu de la vente du journal au public (solution du droit *français* et, en principe, du droit *anglais*).

<sup>23</sup> Voir pour cette approche les références citées *supra*, à la note 3.

<sup>24</sup> Pour une présentation plus détaillée voir KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* (op. cit. note 1), p. 81 ss = *La responsabilité délictuelle en DIP européen* (op. cit. note 1), p. 77 ss.

Une fois les solutions regroupées, il convient de pondérer leurs avantages et inconvénients respectifs.

La composition des groupes varie selon le problème étudié. En l'état actuel du développement du droit privé en Europe, on pourrait parler de « groupes variables », les « groupes fixes », comme c'était le cas des familles de droit, n'existant plus désormais.

En procédant aux regroupements, l'idéal serait que le comparatiste oublie quel est son ordre juridique d'origine, ceci afin de pouvoir mener ses recherches avec le moins de préjugés possible. L'expérience montre que plus le juriste est familiarisé avec les droits étrangers,<sup>25</sup> plus il fait preuve de cette objectivité.

### C. La valeur ajoutée de l'eupréanisation de la méthode comparative

Une telle recherche comparative, malgré l'investissement en temps de travail et en concentration qu'elle demande, vaut la peine d'être effectuée pour quatre raisons.

#### 1. Etablissement d'une « authentique communauté européenne de juristes »

Tout d'abord, elle permet qu'une conscience juridique commune se développe et qu'une « authentique communauté européenne de juristes pouvant aisément dialoguer entre eux »<sup>26</sup> s'établisse. En incluant dans la comparaison les droits des pays de l'Europe de l'Est,

---

<sup>25</sup> La familiarisation peut être le résultat d'un travail régulier avec la méthode comparative ; elle peut aussi être le résultat d'études ou de stages faits dans un ou plusieurs pays étrangers, soit dans le cadre d'ERASMUS/SOCRATES, soit en tant que « free-mover ». – L'Université de Genève, p. ex., offre aux étudiants ERASMUS/SOCRATES ainsi qu'aux « freemovers » ayant suivi au moins deux ans d'études, un programme de droit transnational qui mène, en un ou deux semestres, à un Certificat de droit transnational (CDT). Dans le cadre du programme sont regroupés de nombreux cours sur des matières qui dépassent le cadre d'un seul ordre juridique et qui demandent aux jeunes juristes d'adopter une vue transnationale des problèmes juridiques. Les participants au programme viennent des universités suisses ainsi que des universités d'une trentaine d'autres pays ; pour de plus amples informations voir : [www.unige.ch/droit/transnational2/](http://www.unige.ch/droit/transnational2/).

<sup>26</sup> Claude WITZ, *Plaidoyer pour un code européen des obligations*, Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation (D.) 2000 Chron., p. 79–83 (p. 81).

par exemple les droits polonais, hongrois, roumain et russe, ce fond commun d'arguments et de solutions s'étendrait aussi à ces pays qui, jusqu'ici, ont très peu été pris en considération par le droit comparé européen.

## 2. Objectivité dans l'appréciation des solutions

Ensuite, cette recherche, en partant d'un point de vue international, mène à une plus grande objectivité dans l'appréciation des solutions que celle entreprise dans une perspective nationale, et favorise un regard critique sur les arguments avancés pour justifier les solutions des droits nationaux. Le litige opposant l'actrice à l'éditeur sert à illustrer ce propos.

- Selon la solution du premier groupe, la demande de l'actrice doit satisfaire aux conditions des lois de deux pays. Les tribunaux anglais, en ce qui concerne les journaux vendus en dehors de l'Angleterre, accordent à l'actrice des dommages et intérêts seulement si le droit en vigueur dans le pays de la vente du journal et, cumulativement, le droit anglais le prévoient. En droit hongrois, il y a également des situations dans lesquelles les conditions de deux ordres juridiques sont prises en considération, mais en faveur du lésé. En Angleterre, la solution est justifiée par la protection de la liberté de la presse, en Hongrie, par celle du lésé. Les expériences faites dans d'autres pays montrent pourtant que ni la liberté de la presse ni les intérêts du lésé n'exigent une solution qui combine, soit de manière cumulative, soit de manière alternative, les conditions de la responsabilité civile de deux ordres juridiques.<sup>27</sup>
- Les solutions du droit international privé suisse, allemand et roumain (deuxième groupe) partent, au contraire, du principe qu'une protection efficace du lésé suppose qu'il ait le droit de choisir entre les ordres juridiques de différents pays. La pratique a démontré<sup>28</sup> qu'un tel droit d'option n'est nullement indispensable.
- Selon la troisième solution, en vigueur uniquement en Autriche, le litige serait jugé, en principe, selon le droit du pays de la rési-

---

<sup>27</sup> KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* (op. cit. note 1), p. 81 ss = *La responsabilité délictuelle en DIP européen* (op. cit. note 1), p. 77 ss avec d'autres références.

<sup>28</sup> Par exemple en droit français, voir KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* (op. cit. note 1), p. 83 s. = *La responsabilité délictuelle en DIP européen* (op. cit. note 1), p. 77 ss avec d'autres références.

dence habituelle du lésé.<sup>29</sup> Si l'on analyse les intérêts en jeu, la réticence qui existe face à cette solution devient compréhensible. En premier lieu, il est parfois difficile de connaître le domicile des personnes qui font l'objet d'articles de presse. Le rattachement au domicile du lésé peut ainsi rendre la détermination du droit applicable tout à fait imprévisible. De plus, si dans le pays de la résidence habituelle du lésé la liberté de presse est limitée, l'éditeur ne pourra publier certaines données ou critiques dans aucun autre pays non plus, même si les standards de protection des droits de la personnalité de tous les pays dans lesquels les journaux sont vendus sont respectés. Dans cette hypothèse, informer sur des événements internationaux peut comporter un risque incalculable pour les éditeurs. Cette solution risque donc de mettre considérablement en péril la liberté de la presse et l'intérêt du public à être informé.

La comparaison a ainsi remis en cause les justifications des solutions des trois premiers groupes.

### 3. Découvertes à faire

Par ailleurs, la méthode internationale en droit comparé réserve de vraies découvertes. Dans le cas cité à titre d'exemple, la découverte serait que tous les ordres juridiques tiennent compte, d'une manière ou d'une autre, du lieu de diffusion, c'est-à-dire du lieu où le journal est vendu aux lecteurs et où l'information atteint son destinataire.

Selon la solution du quatrième groupe, auquel appartient le droit français et le droit anglais (pour les journaux vendus en Angleterre), le lieu de vente est le seul critère pour la détermination du droit applicable ; mais ce critère se retrouve également en droit suisse, en droit allemand et en droit roumain, c'est-à-dire dans *tous* les ordres juridiques qui prévoient, dans leurs codifications du droit international privé, un point de rattachement précis pour la question examinée.

Dans beaucoup de pays, la *liberté de la presse* de même que les *droits de la personnalité* sont protégés par la Constitution. De même qu'en droit constitutionnel, en droit international privé il faut trouver un équilibre afin que l'un ne prévale pas sur l'autre. On obtient ce résultat si

---

<sup>29</sup> Cette solution avait été prévue par la Commission Européenne dans l'Avant-Projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, art. 7 (mai 2002), texte en langue française dans KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* (*op. cit.* note 1), p. 156 ss.

l'on juge les atteintes de la presse aux droits de la personnalité et à la vie privée selon la loi en vigueur dans le pays où les journaux sont vendus aux clients.

Pour l'*éditeur*, cette solution signifie, d'une part, qu'il doit observer les standards de protection en vigueur dans chaque pays de diffusion. D'autre part, tous les éditeurs qui vendent leurs produits dans le même pays doivent observer les mêmes règles. Les conditions de participation au marché sont alors les mêmes pour tous et il y a égalité des chances entre tous les concurrents (*par conditio concurrentium*). Le *lésé* bénéficie de la même protection de la personnalité et de la vie privée que toutes les autres personnes dans le pays de diffusion. L'*Etat* enfin, dans lequel le journal est vendu, a un intérêt à faire respecter sur son territoire les standards de protection qu'il a mis en place. Cet intérêt est aussi garanti par la solution proposée. En résumé, dans un cas international d'atteinte aux droits de la personnalité et à la vie privée par voie de presse, tous les intérêts en jeu, soit ceux de l'éditeur, du lésé et des Etats concernés, sont parfaitement protégés si le litige est soumis au droit en vigueur dans le pays dans lequel le journal est vendu. Ni les intérêts de l'éditeur, ni les intérêts du lésé n'exigent une modification de cette solution.

La comparaison d'un nombre restreint d'ordres juridiques choisis plus ou moins au hasard n'aurait pas permis de dégager ce *dénominateur commun*. Seule l'approche internationale de droit comparé peut conduire à de telles découvertes.

#### 4. Effet d'harmonisation

Finalement, un tel travail de comparaison produit un effet d'harmonisation de droit privé européen non négligeable. Les constatations découlant de l'observation du plus grand nombre possible d'ordres juridiques européens conduisent à un résultat précis et peuvent être utilisées pour avancer dans la recherche d'une solution commune de droit privé européen pour le problème posé. Le critère commun trouvé grâce au travail comparatif pourrait être introduit par exemple dans une *loi uniforme*<sup>30</sup>. Comme ce critère revêt une certaine importance

---

<sup>30</sup> La Commission Européenne travaille actuellement sur un projet de règlement en la matière (règlement « Rome II ») ; pour les travaux préparatoires, voir la Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, texte adopté par le Groupe européen de droit international privé/European Group for Private International Law lors de la réunion de Luxembourg du 25-27 septembre 1998 ; en langue française dans : *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (IPRax) 1999, p. 286-288 ; au sujet de la proposition, voir Erik JAYME, *Ent-*

dans tous les ordres juridiques européens, un consensus sur cette solution se fera d'autant plus facilement.

La solution dégagée pourrait aussi être insérée dans des *codifications nationales*.

Dans les pays dont les codes laissent une marge d'interprétation aux juges (c'est-à-dire dans presque tous les pays), la solution pourrait être *adoptée par la jurisprudence* sans qu'il soit nécessaire de modifier la loi. Une telle « application par conviction » aurait l'effet d'une « harmonisation douce » du droit privé européen, laissant subsister la diversité des droits nationaux, source de richesse et d'inspiration. Cela permettrait aussi de « tester » et de développer différentes solutions dans les différents pays – et de garder ainsi le fameux « effet de laboratoire » que l'on peut observer, par exemple, dans le droit privé des Etats-Unis d'Amérique.

Aussi longtemps que l'horizon du juriste s'arrête aux frontières, qu'il ignore les ordres juridiques voisins et que, par conséquent, il n'y a pas de discussions et de visions communes, la diversité du droit privé doit être considérée, sur le plan européen, comme une faiblesse. Mais dès que l'approche internationale de droit comparé est adoptée, la faiblesse devient une force et la diversité une richesse. Si la discussion juridique est menée à une échelle européenne, l'« harmonisation douce » semble être, en tout cas à l'heure actuelle, dans beaucoup de domaines de droit privé<sup>31</sup> préférable à l'uniformisation du droit.<sup>32</sup>

---

*wurf eines EU-Übereinkommens über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht*, IPRAx 1999, p. 298 ; Marc FALLON, *Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, European Review of Private Law (ERPL) 1999, p. 45–68. – Au cours de l'année 2002, des consultations sur un Avant-Projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ont eu lieu, texte en langue française dans KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* (op. cit. note 1), p. 156 ss ; en juillet 2003, la Commission a présenté une Proposition de Règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), COM(2003) 427 final, texte en langue française dans KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en DIP européen* (op. cit. note 1), annexe ; en ce qui concerne le droit applicable à l'« atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité » (art. 3 et art. 6), la proposition laisse une grande marge d'interprétation.

<sup>31</sup> A l'heure actuelle, en droit matériel ce n'est que dans le droit contractuel que les recherches, réflexions et travaux préparatoires ont atteint un stade où l'on peut envisager une codification européenne en la matière sans perte de qualité par rapport aux grandes codifications nationales. Compte tenu de la « fragmentation » du droit suite à de nombreuses directives concernant le droit contractuel, l'unification de cette matière semble aussi la plus urgente.

<sup>32</sup> Pour le droit privé matériel, cette question est actuellement très controversée, pour l'uniformisation, p. ex., Christian VON BAR, *Le groupe d'étude sur un code civil européen*, Revue internationale de droit comparé (RID comp.) 2001, p. 127–139 ; WITZ (op. cit., note 26), p. 80 (pour un « travail d'unification qui, il faut le reconnaître, nécessitera plusieurs décennies », p. 81) ; Jürgen BASEDOW, *Un droit commun des contrats pour le Marché commun*,

## D. Nouveaux défis pour les comparatistes

Cette méthode comparative selon l'approche internationale implique un travail intense de recherche et d'analyse. Etudier les diffé-

---

RID comp. 1998, p. 7-28 ; Ole LANDO, *Principes de droit européen des contrats. Une première étape vers un Code civil européen*, Revue de droit des affaires internationales 1997, p. 189-202 ; Giuseppe GANDOLFI, *Pour un droit européen des contrats*, Revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.) 1992, p. 707 s.

Pour l'avis opposé voir, p. ex. : Yves LEQUETTE, *Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar*, D. 2002 Chron., p. 2202-2214 ; Pierre LEGRAND, *Sens et non-sens d'un code civil européen*, RID comp. 1996, p. 779 ; Gérard CORNU, *Un code civil n'est pas un instrument communautaire*, D. 2002 Chron., p. 351 s. ; Geneviève VINEY, *Les tentatives actuelles d'harmonisation des droits de la responsabilité civile au sein de l'Union Européenne*, in: Christine Chappuis/Bénédict Winiger (édit.), *Responsabilités objectives*, Bâle/Francfort 2003, p. 173-190 ; voir aussi Philippe MALAURIE, *Le code civil européen des obligations et des contrats - une question toujours ouverte*, Juris-Classeur périodique, La Semaine Juridique (JCP) 2002, I, n° 110, avec la conclusion : « La codification européenne du droit des obligations et des contrats demande du temps, une longue durée et surtout beaucoup d'humilité » ; Walter VAN GERVEN/Jeremy LEVER/Pierre LAROCHE/Christian VON BAR/Geneviève VINEY, *Tort Law. Scope of Protection*, Oxford 1999, p. V : « The objective [...] is to help uncover the common roots of the different legal systems, not to unify them. In other words, to strengthen the common legal heritage of Europe, not to strangle its diversity » ; Hein KÖTZ, *Rechtsvereinheitlichung. Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RabelsZeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 50 (1986), p. 1-17 ; IDEM, *Alternativen zur legislatorischen Rechtsangleichung*, *RabelsZ* 56 (1992), p. 215-218 ; IDEM, *Europäisches Vertragsrecht (op. cit. note 1)*, p. V : « Freilich beginnt sich in den letzten Jahren immer mehr die Erkenntnis durchzusetzen, dass die europäische Rechtseinheit eine viel zu wichtige Sache ist, als dass man sie allein dem Gesetzgeber überlassen könnte » ; ZWIGERT/KÖTZ, *Rechtsvergleichung (op. cit. note 1)*, p. 27 : « Aber dass die Gesetzgebung den Königsweg zur europäischen Rechtseinheit darstellt, wird heute zunehmend in Zweifel gezogen » = *Comparative Law*, p. 28 : « [I]t is increasingly being questioned whether legislation is really the best way to unify the whole of European law. [...] It is now clear that unification can deprive member states and their courts of the freedom to alter and develop the law and introduce a barrier to change which thwarts the adoption of much needed adjustments at the national level » ; Axel FLESSNER, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung*, *RabelsZ* 56 (1992), p. 243-260 ; Reiner SCHULZE, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, *ZEuP* 1993, p. 442-474 (p. 446, 471 s., pour le droit international privé, il considère cependant l'harmonisation par la législation comme équivalent et moins onéreux) ; IDEM, *Le droit privé commun européen*, RID comp. 1995, p. 7-32 (spéc. p. 28 ss) ; Reinhard ZIMMERMANN, *Civil Code and Civil Law. The « Europeanization » of Private Law Within the European Community and the Re-emergence of a European Legal Science*, *Columbia Journal of European Law (Col. J. Eur. L.)* 1994/95, p. 63-105 (p. 80 ss) ; pour le droit international privé voir Karl KREUZER, *Lex Communis Europaea de Collisione Legum : Utopie ou nécessité*, in: España y la codificación internacional del derecho internacional privado, Madrid 1993, p. 225-246 (p. 246) : « L'unification européenne du D.I.P. [...] demande des travaux préparatoires longs et intensifs de D.I.P. comparé. [...] La ré-européanisation est une œuvre qui ne peut être réalisée par une ou quelques personnes. C'est aux juristes universitaires européens (la *universitas europaea*) qu'incombe ce travail préparatoire ».

rents ordres juridiques nationaux, examiner leurs approches et leurs solutions, constater leurs convergences et leurs divergences sont et seront les tâches actuelles et futures des universités et des comparatistes. Ce travail aboutira éventuellement, mais pas obligatoirement, à une solution commune, chaque chercheur tirant de la recherche comparative sa propre solution tout en utilisant un fond d'arguments et d'idées communs à toute l'Europe.

Pour arriver à une telle « européanisation » de la discussion juridique en Europe, il faudrait mettre en place une littérature juridique européenne, c'est-à-dire élaborer des manuels et des traités facilitant l'accès aux solutions en vigueur dans les différents pays européens et permettant de travailler d'une manière efficace avec ce fond commun de solutions.

Plusieurs institutions et groupes se sont formés pour rechercher et présenter des « principes communs » de droit privé européen,<sup>33</sup> voire pour rédiger des projets de codifications européennes.<sup>34</sup> Des ouvrages

---

<sup>33</sup> Voir The Commission on European Contract Law (« Lando Commission »), Ole LANDO/Hugh BEALE (édit.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, La Haye/Londres/Boston 2000 ; Ole LANDO/Eric CLIVE/André PRÜM/Reinhard ZIMMERMANN (édit.), *Principles of European Contract Law, Part III*, La Haye 2003 ; UNIDROIT et Michael Joachim BONELL (édit.), *An International Restatement of Contract Law. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 2<sup>e</sup> éd., Irvington/New York 1997 ; EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (« Groupe de Tilburg/Vienne »), *Les principes européens du droit de la responsabilité extra-contractuelle/Principles of European Tort Law* (présentés au public en mars 2003) ; David John HAYTON/Sebastianus Costantinus Johannes Josephus KORTMANN/Hendrikus Leonardus Engelbertus VERHAGEN (édit.), *Principles of European Trust Law*, La Haye 1999 ; voir aussi les travaux du Groupe de Trento sous la direction de Ugo Mattei et Mauro Bussani, en recherche d'un « Common Core of European Private Law » : Ugo MATTEI/Mauro BUSSANI, *The Common Core Approach to European Private Law*, 3 The Columbia Journal of European Law [1996-97], p. 339 s. ; Commission on European Family Law, voir Katharina BOELE-WOELKI (édit.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Anvers 2003 ; Project Group « Restatement of European Insurance Contract Law », sous la présidence de Fritz Reichert-Facilides ; voir aussi Jürgen BASEDOW/Till Henning FOCK, *Europäisches Versicherungsvertragsrecht*, vol. I-III, Tübingen 2002/2003 ; voir aussi les travaux d'un groupe d'experts sous la présidence de Marcel Storme en vue d'un rapprochement du droit judiciaire de l'Union Européenne : Marcel STORME (édit.), *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht 1994 ; les travaux d'UNIDROIT et de l'American Law Institute (ALI) sur « Principles and Rules of Transnational Civil Procedure » ; pour des « Principes de droit international privé européen en matière de responsabilité extra-contractuelle », voir KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* (op. cit. note 1), p. 146 s. = *La responsabilité délictuelle en DIP européen* (op. cit. note 1), p. 140 ss.

<sup>34</sup> ACADEMIE DES PRIVATISTES EUROPÉENS et Giuseppe GANDOLFI (édit.), *Code européen des contrats. Avant-projet. Livre premier*, Milan 2004 ; STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (« Groupe de von Bar »), une présentation de ce groupe se trouve, p. ex., dans la Revue internationale de droit comparé (RID comp.) 2001, p. 127.

écrits dans une perspective de droit comparé international<sup>35</sup> paraissent actuellement ainsi que les premiers *casebooks*<sup>36</sup> et manuels<sup>37</sup> qui s'adressent aux étudiants et aux praticiens de l'Europe entière. Une littérature juridique authentiquement européenne est donc en train de naître.<sup>38</sup>

Toutefois, une telle littérature juridique ne sera consultée que par des juristes qui ont été initiés à cette approche lors de leur formation. Seuls ceux habitués à travailler avec d'autres ordres juridiques déjà pendant leurs études seront aptes et suffisamment ouverts pour recourir à cette littérature dans leur travail quotidien et pour prendre en considération les solutions et les tendances du droit privé européen ainsi dégagées.

Comme il est difficile de s'imaginer qu'un juge se fonde sur cette littérature s'il n'a pas été lui-même initié à cette méthode, c'est au niveau des études qu'il faut créer cette ouverture vers les droits étrangers et ancrer cette optique véritablement européenne, pour que le travail comparatif avec différents ordres juridiques européens devienne monnaie courante.

Ceci relève de la responsabilité de l'enseignant de droit comparé qui pourrait prendre comme point de départ par exemple un cas pratique. L'étudiant examinera comment ce cas est résolu dans les différents pays européens.<sup>39</sup> Ensuite, il essaiera de regrouper les solutions

<sup>35</sup> VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht* (2 vol.) = *The Common European Law of Torts* (2 vol.) (*op. cit.* note 21) ; Peter SCHLECHTRIEM, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, vol. 1, Tübingen 2000 ; vol. 2, Tübingen 2003 ; KADNER GRAZIANO, *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht* (*op. cit.* note 1).

<sup>36</sup> Walter VAN GERVEN/Jeremy LEVER/Pierre LAROUCHE, *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford/Portland 2000 ; Hugh BEALE/Arthur HARTKAMP/Hein KÖTZ/Denis TALLON, *Contract Law*, Oxford 2002 ; Jack BEATSON/Eltjo SCHRAGE, *Cases, Materials and Texts on Unjust Enrichment*, Oxford/Portland 2003.

<sup>37</sup> KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht = European Contract Law* (*op. cit.* note 1) ; RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht* (*op. cit.* note 1) ; KADNER GRAZIANO, *Europäisches Internationales Deliktsrecht* (*op. cit.* note 1) ; IDEM, *La responsabilité délictuelle en DIP européen* (*op. cit.* note 1).

<sup>38</sup> Les « principes communs », publiés sous forme de « Restatements », pourraient occuper, dès aujourd'hui, le rôle de l'ordre juridique de référence dans une discussion européenne. L'œuvre de Danny BUSCH/Ewoud HONDIUS/Hugo VAN KOOTEN/Harriët SCHELHAAS/Wendy SCHRAMA (édit.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law. A Commentary*, Nijmegen 2002, va déjà dans ce sens. Il s'agit d'un commentaire des principes européens et du droit contractuel néerlandais. Les matières sont arrangées selon la systématique des Principes ; voir, pour un compte rendu, Thomas KADNER GRAZIANO, ZEuP 2003, p. 691-694.

<sup>39</sup> Voir l'approche proposé par RANIERI (*op. cit.* note 1), p. XVII ss ; Thomas KADNER GRAZIANO, « *Comparative Tort Litigation and Rules of Procedure* » *an der University of Florida. Induktive Rechtsvergleichung. Ein Modell für den Unterricht auch in Europa ?*, ZEuP 1997, p. 1153-1160.

et de trouver des critères ou dénominateurs communs, pour enfin rechercher s'il existe, sur la question juridique concrètement posée, des principes communs en Europe. Il sera ainsi amené à travailler, par lui-même, avec plusieurs ordres juridiques, ce qui diminuera sa réticence à approcher dans sa vie professionnelle des ordres juridiques avec lesquels il n'est jamais entré en contact auparavant.

Dans ce contexte, les problèmes linguistiques ne doivent pas être oubliés. Les jeunes juristes européens d'aujourd'hui devront apprendre, soit à l'école, soit pendant leur formation universitaire, en tout cas l'anglais, le français et l'allemand.<sup>40</sup> Avec ces trois langues, ils pourront aborder neuf ordres juridiques européens, sans compter le droit américain et le droit de nombreux autres pays de la famille du *Common Law* et de la famille de droit français.

En ce qui concerne les pays de l'Europe de l'Est, il n'est pas rare que les livres ou articles soient publiés dans d'autres langues tel le français, l'anglais ou l'allemand. De même, les lois de ces pays sont parfois traduites. Pour revenir au litige opposant l'actrice à l'éditeur, il existe, par exemple, un ouvrage sur le droit international privé polonais, écrit par un auteur polonais en langue française, des manuels sur le droit hongrois et le droit russe publiés en anglais, un traité sur le droit russe traduit en langue allemande. Il y a également des ouvrages sur le droit finlandais et le droit néerlandais en la matière, écrits en allemand, des articles sur les développements récents des droits néerlandais, belge, suédois, danois, grec et russe rédigés en français ou en allemand.<sup>41</sup>

A moyen et à long terme, il serait souhaitable d'utiliser une approche comparative internationale non seulement dans les cours de droit comparé, mais aussi dans l'enseignement du droit privé en général,<sup>42</sup> à l'instar de l'enseignement du droit privé aux Etats-Unis. Les branches les plus importantes du droit privé, comme le droit contractuel ou la responsabilité extracontractuelle (torts), n'y sont pas unifiées. Elles ne font pas partie du « Federal Law », mais du « State Law ». Chaque Etat de la Fédération a donc son « Law of Contracts » et son « Tort Law »

---

<sup>40</sup> Pour consulter les sources du droit étranger, des *connaissances passives* seraient suffisantes. – L'Union européenne et le Conseil de l'Europe vont plus loin. Ils ont conjointement pris l'initiative de déclarer 2001 « Année européenne des langues » et d'encourager le plurilinguisme en promouvant notamment un apprentissage diversifié des langues tout au long de la vie, le but étant que chaque citoyen européen ait des connaissances actives d'au moins deux langues étrangères européennes et des connaissances passives d'autres langues européennes encore.

<sup>41</sup> Pour des références, voir KADNER GRAZIANO, *Gemeineuropäisches IPR* (*op. cit.* note 1), p. 84, n. 201 et 202.

<sup>42</sup> Voir, p. ex. Rudolfo Sacco : « demandons à nos professeurs d'enseigner le droit tout court au lieu d'enseigner le droit local », cité d'après WITZ (*op. cit.* note 26), p. 81 ;

– comme chaque Etat européen a son propre droit contractuel et ses propres règles de responsabilité civile.

Dans les universités américaines, on n'enseigne pourtant pas le droit privé d'un seul Etat, par exemple de l'Etat dans lequel l'université est située. Au contraire, sont enseignés les principes communs à la plupart des Etats. Ceci est le résultat d'un travail constant de droit comparé ayant pour objet les droits de tous les Etats de la Fédération.<sup>43</sup> Cette réorientation de l'enseignement a des conséquences importantes : elle engendre une discussion des problèmes juridiques et de leurs solutions dans l'ensemble des cinquante Etats. Cette discussion à l'échelle nationale a elle-même pour effet de créer une conscience juridique

---

Helmut COING, *European Common Law: Historical Foundations*, in: Mauro Cappelletti (édit.), *New Perspectives for a Common Law of Europe/Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Leyden/London/Boston/Bruxelles/Stuttgart/Florence 1978, p. 31 (p. 44) ; François OST/Mark VAN HOECKE, *Naar een Europese rechtsopleiding*, *Rechtskundig Weekblad (Rechtsk. Weekbl.)* 1989/90, p. 1001 s. = *Pour une formation juridique européenne*, *Journal des Tribunaux* 1990, p. 105 s. ; Ewoud HONDIUS, *Naar een Europese rechtenstudie*, *Nederlands jurisprudentie (NJ) (Speciaal)* 1991, p. 517–520 ; Henry SCHERMERS, *Jurist voor morgen*, *NJ* 1991, p. 521 s. ; Raf VERSTEGEN, *Naar een Europese rechtsopleiding*, *Rechtsk. Weekbl.* 1990–91, p. 657–660 ; Gerard-René DE GROOT, *European Legal Education in the 21st Century*, in: Bruno de Witte/Caroline Forder (édit.), *The common law of Europe*, Deventer 1992, p. 7–30 ; FLESSNER (*op. cit.* note 32), p. 243 ; Peter ULMER, *Vom deutschen zum europäischen Privatrecht*, *Juristen-Zeitung (JZ)* 1992, p. 1–8 (p. 7 s.) ; Hein KÖTZ, *Europäische Juristenausbildung*, *ZEuP* 1993, p. 268–278 ; IDEM, *Zehn Thesen zum Elend der deutschen Juristenausbildung*, *ZEuP* 1996, p. 565–569 (p. 567 s., proposition VII) ; SCHULZE (*op. cit.* note 32), *RID comp.* 1995, p. 7–32 (p. 28 ss) ; Reinhard ZIMMERMANN, *Europäisches Privatrecht und Studium*, *ZEuP* 1993, p. 215 s. ; Uwe BLAUROCK, *Europäisches Privatrecht*, *JZ* 1994, p. 270–276 (p. 276) ; Jochen TAUPITZ, *Privatrechtsvereinheitlichung in der EG: Sachrechts- oder Kollisionsrechtsvereinheitlichung*, *JZ* 1993, p. 533–539 (p. 534) ; Gerardo BROGGINI, *Conflitto di leggi, armonizzazione e unificazione del diritto Europeo delle obbligazioni e delle imprese*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (Riv. dir. int. priv. proc.)* 1995, p. 241–264 (p. 262 ss) : « Il processo di avvicinamento e di unificazione deve aver inizio nell'Università, sostenuto da una profonda riforma degli studi di giurisprudenza e di preparazione alle professioni, in particolare di quella dei giudici. [...] ogni tentativo realistico di avvicinamento e di uniformazione del diritto privato deve partire dalla funzione del giurista europeo e quindi di un « Juristenrecht » europeo. [...] Lo *ius commune* europeo sarà prima un diritto dei giuristi e poi se la volontà politica e la capacità innovativa lo vorranno e lo sapranno, un diritto dei cittadini » ; Hans-Jürgen SONNENBERGER, *Der Ruf unserer Zeit nach einer europäischen Ordnung des Zivilrechts*, *JZ* 1998, p. 982–991 (p. 990 s.) ; Martina DECKERT, *Der « Binnenmarkt für Juristenausbildung »*, *Europäische Impulse für Forschung und Lehre*, *ERPL* 1998, p. 1–22 (p. 5, p. 12 ss) ; Christiaan TIMMERMANS, *Zur Entwicklung des europäischen Zivilrechts*, *ZEuP* 1999, p. 1–5 (p. 5) ; RANIERI (*op. cit.* note 1), p. XVII ss ; VAN GERVEN/LEVER/LAROCHE/VON BAR/VINEY (*op. cit.* note 32), p. V s.

<sup>43</sup> Très instructif Melvin EISENBERG, *Why is American Contract Law so Uniform? National Law in the United States*, in: Hans-Leo Weyers (édit.), *Europäisches Vertragsrecht*, Baden-Baden 1997, p. 23–43.

commune aux juristes de tous les cinquante Etats – alors qu'en Europe, à défaut d'une discussion quotidienne des problèmes juridiques dans une perspective européenne, une conscience commune aux juristes européens est encore loin d'être réalisée. En outre, cette conscience commune produit aux Etats-Unis un effet d'harmonisation dans l'ensemble des cinquante Etats. Le juriste étranger qui s'attend à une énorme fragmentation du droit privé américain est étonné de sa relative uniformité<sup>44</sup>. Sur le plan pratique, un tel enseignement signifie qu'il est sans importance de savoir dans quel Etat américain le juriste a fait ses études – alors qu'en Europe, travailler dans un autre pays que celui des études pose encore d'énormes problèmes aux juristes.

Aux Etats-Unis, l'observation des solutions en vigueur dans les autres Etats de la Fédération va de soi. Pour un juge ou un avocat américain, citer les décisions ou les lois des autres Etats fait partie du travail quotidien, bien que le juge ne soit pas lié par les décisions et les lois des autres Etats. En revanche, en Europe, les litiges dans lesquels les juges s'inspirent ouvertement des solutions des pays voisins sont encore rares – en tout cas dans les grands pays et malgré certaines tendances à l'ouverture ces dernières années.

Lorsque l'on propose en Europe un enseignement dans une perspective européenne et ne se focalisant plus sur les solutions d'un seul pays, les critiques pleuvent : l'enseignement de droit serait déjà très chargé et ne laisserait guère de temps pour prendre encore en considération des solutions ou tendances étrangères ou européennes. Pourtant, cette approche comparative n'entraîne pas obligatoirement un surcroît de la matière à enseigner. Actuellement, il est courant d'exposer des solutions alternatives proposées par la doctrine. Parallèlement, les solutions en vigueur dans d'autres pays européens pourraient être présentées. Par ce biais, les étudiants apprendraient que les règles en vigueur dans leur pays ne sont qu'une possibilité parmi d'autres pour résoudre un problème juridique concret.

## VI. Conclusion

Il existe encore un inconvénient de taille à l'approche internationale de droit comparé. C'est l'énorme travail de recherche à fournir.

---

<sup>44</sup> Voir EISENBERG (*op. cit.* note 43) et l'intitulé de son article : Why is American Contract Law so Uniform ?

Cela étant, dès qu'une littérature juridique basée sur cette méthode sera disponible, les travaux seront considérablement facilités.

Les avantages de l'approche internationale de droit comparé, en revanche, sont multiples, que cela soit pour les étudiants ou pour les praticiens du droit. Cette méthode mène à un élargissement de l'horizon juridique et des sources d'inspiration, à une ouverture d'esprit des juristes européens, à une vue d'ensemble des ordres juridiques européens, à une harmonisation des bases de travail en Europe, à une prise de conscience juridique commune au niveau européen, à une formation professionnelle internationale, à une harmonisation et peut-être même, à long terme, à une unification du droit privé en Europe.