



Chapitre de livre

2008

Published version

Open Access

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

Les justiciables face à la comparaison des droits: vers la démocratisation
d'un droit savant?

Romano, Gian Paolo

How to cite

ROMANO, Gian Paolo. Les justiciables face à la comparaison des droits: vers la démocratisation d'un droit savant? In: Legal Engineering and Comparative Law, tome 1. Eleanor Cashin Ritaine, Laetitia Franck, Shaheez Lalani (Ed.). Zurich : Schulthess, 2008. p. 95–139.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:149781>

Gian Paolo Romano*

Les justiciables face à la comparaison des droits: vers la démocratisation d'un droit savant?

On sait que, pendant longtemps, l'énergie des comparatistes a été mobilisée par la recherche des fins que pouvait se donner le droit comparé.¹ On sait aussi que l'utilité même d'une telle enquête, et la nécessité d'y asseoir l'autonomie scientifique de la matière, ont été remises en cause par une doctrine dont la vigueur est à la mesure de son prestige.² D'après celle-ci, la seule fin immédiate à laquelle tend la comparaison ne peut être que la connaissance; libre évidemment à celui qui l'a acquise de s'en servir pour la poursuite des desseins les plus divers, dont l'importance serait, pour ainsi dire, tout aussi secondaire que celle des motifs qu'il est, en certains droits, convenu d'opposer à la cause d'un acte juridique. Mais une telle contestation n'a, semble-t-il, pas réussi à persuader la généralité des comparatistes à délaissier l'analyse téléologique. Un inventaire des objectifs du droit comparé nourrit en effet un chapitre, souvent substantiel, des principaux traités et manuels qui font autorité aujourd'hui. S'il est vrai que la réflexion à ce sujet n'est plus alimentée au rythme auquel elle l'était il y a encore trente ans, le sentiment que tout n'a pas été dit, fait de temps à autre surface.³

C'est dans un tel cadre que prétend s'inscrire la présente contribution.⁴ L'occasion du 25^e anniversaire de l'ISDC invite à réfléchir autour d'une application du droit

* Docteur en droit; collaborateur scientifique à l'Institut suisse de droit comparé; chargé de cours à l'Université de Lausanne.

¹ Cf. M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel 1971, p. 8; cf. ég. M.-C. PONTTHOREAU, «Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique», *Rev. int. dr. comp.* 2005, p. 7 s., spéc. p. 8.

² R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, 5e éd., Torino 1992, p. 8; pour une vue analogue émise auparavant, v. les auteurs cités par L.-J. CONSTATINESCO, *Traité de droit comparé*, t. II, Paris 1974, p. 189, note 1. Rapp. R. SACCO / P.L. MONATERI / A. GAMBARO, Voce «Comparazione giuridica», *Dig. Disc. Priv.*, IV, Torino 1989, p. 48 s.

³ Sur ce que l'«on sait de moins en moins ce qu'est le droit comparé, où il va et à quoi il sert», v. X. BLANC-JOUVAN, «Prologue», in: *L'avenir du droit comparé – Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris 2000, p. 7, 8 et 12 [cité ég. par B. FAUVARQUE-COSSON, «Le droit comparé: art d'agrément ou entreprise stratégique?», *Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Paris 2005, p. 69]. E. PICARD, «L'état du droit comparé en France, en 1999», *ibidem*, p. 178 évoque, pour sa part, «un corps de réflexion encore trop embryonnaire sur les méthodes et finalités du droit comparé». Pour un constat analogue, cf. ég. P. LEGRAND, «John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue», *Am. J. Comp. L.* 1999, p. 3, spéc. p. 21-22.

⁴ Au mot *fin*, grevé de résonances philosophiques, sinon escatologiques, sera préféré ici celui de *fonction* ou *application*, dont il est peu contestable que toute branche du savoir digne de

comparé dont l'activité sollicitée à l'Institut atteste la vitalité croissante, alors pourtant qu'elle est souvent, pour ne pas dire pratiquement toujours, négligée par les catalogues des utilités auxquels on vient de faire allusion. Il se trouve en effet que la mise en œuvre d'un type de règle de droit international privé, en essor constant depuis quelques décennies, fait dépendre la norme de conduite adressée aux justiciables du résultat d'une comparaison des droits des pays où se réalise la pluralité des rattachements qu'elle retient. Dans la mesure où ils sont conduits à pratiquer eux-mêmes la comparaison juridique, les justiciables, utilisateurs du droit, deviennent aussi utilisateurs de la comparaison, c'est-à-dire, osons le mot, *comparatistes* eux-mêmes. Car ils sont alors titulaires de ce qui a l'allure d'un *droit (subjectif) de comparer*, voire d'un *droit à la comparaison*, qui leur serait accordé par des règles de conflit composant, sinon du droit comparé positif, au moins un *droit (objectif) de la comparaison*. De telles règles revenant le plus souvent à leur octroyer une option de législation, les sujets de droit dont la vie s'enracine par-delà les frontières s'en trouvent être, dans les limites d'une telle option, sinon les «ingénieurs», du moins les «artisans» de leur destinée juridique internationale, les orfèvres dirait-on.⁵ Afin de projeter quelque lumière sur les ressorts, qu'il reste à découvrir, de ce type de comparaison «démocratisée» (Partie II), il convient de passer d'abord en revue ceux que nous livre la tradition, qu'on envisagera, occasion oblige, en contrepoint de l'activité que fournit en ce domaine l'ISDC mais aussi depuis l'angle de vue des justiciables, le plus propre à en faire ressortir le caractère savant (Partie I).⁶

ce nom puisse et doive en rechercher, tant il est vrai que «dans le domaine de la science, le principe d'utilité est souverain» [R. GUASTINI, «Metateoria degli atteggiamenti normativi», *Mat. st. cult. giur.* 1982, p. 174-175; G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, préf. M. TROPER, Paris 2006, en épigraphe de l'«Introduction générale», p. 1].

⁵ Par où l'on constate à quel point l'adage antique *faber est suae quisque fortunae* dévoile progressivement sa force de vérité à l'égard de celui qu'on désigne parfois sous le nom de *homo internationalis*.

⁶ Pour le qualificatif de «savant» rapporté au droit comparé, v. p. ex. B. FAUVARQUE-COSSON, «Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis? La réplique», *Rev. int. dr. comp.* 2003, p. 533; cf. ég. X. BLANC-JOUVAN, «Prologue», cit., p. 14. Sur ce que le droit comparé «is thought of as largely an academic discipline», v., p. ex., E.A. FARNSWORTH, «Looking in from Outside your Garden: Another View of Comparative Law», in: *Perméabilité des ordres juridiques*, Zürich 1992, p. 413, spéc. p. 415 et A. LEVASSEUR, «The Use of Comparative Law by Courts», in: U. DROBNIG / S. VAN ERP (eds.), *The Use of Comparative Law by Courts*, The Hague, London, Boston 1999, p. 315; cf. M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», in: M. REIMANN / R. ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 1363 s., p. 1365.

Partie I - Comparatisme savant

Les comptes rendus classiques des sources de l'utilité du droit comparé s'accordent en général pour lui reconnaître une double valeur.⁷ Il est tentant à cet égard d'opposer un comparatisme *contemplatif* (1) à un comparatisme *actif* (2), formules qui ont le mérite de mettre en garde contre les démarcations trop nettes, tant il est vrai que la contemplation et l'action sont chez l'homme deux attitudes également congénitales et inconcevables l'une sans l'autre.

1. Comparatisme contemplatif

L'homme «est fait pour suivre vertu et connaissance».⁸ Cette pulsion irrésistible le conduit, d'abord, vers la connaissance de soi et de l'environnement auquel il est intégré; elle le pousse ensuite à s'intéresser à l'altérité. On sait d'ailleurs à quel point l'intelligence de soi passe par celle d'autrui tant il est vrai que «wer fremde Sprachen nicht kennt, weiss nichts von seiner eigenen».⁹ Le droit est un produit de l'histoire, y compris de l'accident historique. Il représente, dès lors, un élément décisif du génie d'une société voire d'une civilisation, dont il offre un instrument formidable de compréhension.¹⁰ Aussi, connaître plusieurs droits, mettre les uns en regard des autres et saisir ce par quoi ils diffèrent, c'est comprendre les destinées des peuples qui les engendrent et, à un échelon supérieur, capter les

⁷ V. p. ex. R.W. LEE, «Comparative Law and Comparative Lawyers», *J. Soc'y Pub. Tchr. L.* 1936, p. 1, qui oppose aux «purely scientific aspect and value» les «palpably practical aims» du droit comparé; H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, 2nd ed., Cambridge 1949 p. 8-9, pour qui la distinction entre «descriptive comparative law» et «applied comparative law» «is one that has found general acceptance [pour le terme «applied comparative law», v. C. SCHMITT-HOFF, «The Science of Comparative Law», *Cambridge L. J.* 1939, p. L95]; M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 2. Aufl., München 1987, p. 12 s. [qui sépare les «praktische Aspekte» et les «wissenschaftliche Aspekte»]; B. FAUVARQUE-COSSON, «Le droit comparé: art d'agrément...», cit., p. 71 («deux conceptions distinctes s'affrontent, l'une scientifique, l'autre pratique»); cf. ég. O. RIESE, «Etude sur les fonctions du droit civil comparé et son enseignement en Suisse», *Mélanges F. Guisan*, Lausanne 1950, p. 11 s. («fonction d'ordre pratique» et «fonction d'ordre théorique et éducatif»); K. ZWIEGERT / H.-J. PUTTFARKEN, «Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen», in: K. ZWIEGERT / H.-J. PUTTFARKEN (Hrsg.), *Rechtsvergleichung*, Darmstadt 1978, cit., p. 395 («Rechtsvergleichung ohne Wertung» et «wertende Rechtsvergleichung»).

⁸ D. ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Inferno*, Canto XXVI: «Fatti non foste a viver come bruti / ma per seguir virtute e canoscenza».

⁹ La sentence est, on le sait, de J.W. Goethe. Sur ce que le droit comparé permet de mieux comprendre le sien propre, v. ex multis, avec beaucoup de vigueur, F.H. LAWSON, «The field of comparative law», *Jur. Rev.*, 1949, p. 16 s.; L.-J. CONSTATINESCO, *Traité de droit comparé*, cit., p. 290 s.; cf. H. MUIR WATT, «La fonction subversive du droit comparé», *Rev. int. dr. comp.* 2000, p. 503, p. 506 et 518.

¹⁰ Cf. J. KOHLER, *Das Recht als Kulturerscheinung. Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft*, Würzburg 1885.

dynamiques de leur histoire toute entière. Rechercher les origines de ces disparités,¹¹ c'est tenter de démêler les relations de cause à effet, objet premier de toute science digne de ce nom; mais c'est aussi isoler, par contraste, les ressemblances, discerner, en-dessous des positivités spécifiques à un lieu et à un temps donnés, les constantes,¹² c'est-à-dire les lois universellement valables du développement du droit¹³ et, par là, de l'évolution de l'humanité.¹⁴ Il est inéluctable que pareille sublimation du travail du comparatiste – tiraillé entre le goût du relatif, du singulier et la quête de l'absolu, de l'universel¹⁵ – le rapproche de celui du théoricien et du philosophe du droit,¹⁶ de l'historien,¹⁷ du sociologue,¹⁸ de l'anthropologue, de l'ethnologue, et le conduise, en dernier ressort, à flirter avec la

¹¹ Ce qui constitue «parte massima dello studio del diritto comparato»: en ce sens déjà, P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo del diritto comparato nel campo del diritto internazionale privato», *Arch. giur. «Filippo Serafini»* 1902, p. 305.

¹² C'est la philosophie sous-jacente du mouvement dit du *common core*: v. R. SCHLESINGER, «The Common Core of Legal Systems», *Legal Essays Hessel E. Yntema*, Leyden 1961, p. 65 s.; v. déjà, du même auteur, «Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations», *Am. J. Comp. L.* 1957, p. 734 s.

¹³ V. J. KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, in: HOLTZENDORFF-KOHLER, *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*, Band I, 7. Aufl., Leipzig/München 1915, p. 16 s., pour lequel le droit comparé se confond avec l'histoire universelle du droit. L'idée a été reprise par Gustav Radbruch, pour qui «als letzte Stufe erreichte die Rechtsvergleichung in der Universalrechtsgeschichte ihren Höhenpunkt»: v. H. SCHOLLER, *Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht*, Berlin 2002, p. 14; cf. ég. E. ZITELMANN, «Aufgaben und Bedeutung der Rechtsvergleichung», *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1900, p. 329 s., republié in: K. ZWIEGERT / H.-J. PUTTFARKEN, cit., p. 11 s., spéc. p. 13. Cf. à une époque plus récente, H. BATIFFOL, «Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit», *Rev. dr. int. comp.*, 1970, p. 661 s., in: *Choix d'articles*, Paris 1976, p. 335 s., p. 340; T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano 1952, p. 5 et M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, cit., p. 10.

¹⁴ Cf. T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato*, cit., p. 43.

¹⁵ Cf. G. RADBRUCH, «Erneuerung des Rechts», *Rhein-Neckar Zeitung*, 9.1.1946 s., republié in: *Der Mensch im Recht* 1957, p. 105: «Was am Rechte wandelbar, was ewig ist, wird am anschaulichsten sichtbar durch Rechtsvergleichung»; cf. ég. G. GORLA, *Diritto comparato in Italia e nel «mondo occidentale» e una introduzione al «dialogo civil law-common law»*, Milano 1983, p. 484. Rapp. M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris 2004.

¹⁶ V. p. ex. G. BERMAN, «Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis? La conférence», *Rev. int. dr. comp.* 2003, p. 519, qui compte parmi les buts principaux «l'avancée de la philosophie du droit».

¹⁷ On sait que E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. I, *Les fonctions étroites et unilatérales*, Paris 1903, p. 915 avait érigé l'«histoire comparative» en l'une des deux branches du droit comparé; cf. E. RABEL, «Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung», in: K. ZWIEGERT / H.-J. PUTTFARKEN, cit., p. 85 s. («geschichtliche Rechtsvergleichung»).

¹⁸ V. p. ex. K. ZWIEGERT, «Die soziologische Dimension der Rechtsvergleichung», *RabelsZ* 1974, p. 299 et surtout le volume édité par U. DROBNIG et M. REHBINDER, *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin 1977.

frontière, on sait combien poreuse, qui sépare le droit des autres disciplines humanistes.¹⁹

Une telle posture contemplative est propre au juriste savant. On souligne aussi combien le futur juriste peut en tirer profit, le droit comparé revêtant une valeur formatrice indépendamment de son utilisation directe.²⁰ Il semble bien en tout cas qu'aussi longtemps qu'il évolue dans la pure contemplation, le comparatisme juridique demeure assez éloigné de la vie des individus, premiers destinataires de la règle de droit, puisqu'il ne contribue ni à l'élaborer ni à la mettre en œuvre. Ce n'est pas vers ce savoir savant²¹ que s'oriente l'essentiel de la comparaison à laquelle se livre l'ISDC, dont on attend plutôt une emprise directe sur la vie du droit.

2. Comparatisme actif

Contribuer directement à ce qu'on pourrait appeler les *processus du droit* est ce à quoi vise la comparaison active.²² L'intériorisation se fait extériorisation, la *theoria* – au sens étymologique du terme: observation – se met au service de la *praxis*, de l'ensemble des activités humaines que le droit entend régir. Les processus juridiques se scindent en la phase de l'*élaboration* (ou *création*) et la phase de l'*application* (ou *mise en œuvre*) du droit. Il convient d'évoquer séparément les services rendus par la comparaison à ceux que l'on tient généralement pour les protagonistes de ces deux processus: législateurs (2.1) et juges (2.2).

On nommera à cet effet, par souci de clarté, *droit source de comparaison*, le droit que celui qui pratique la comparaison – l'auteur de celle-ci – prend pour matériau d'observation, et *droit destinataire ou bénéficiaire de la comparaison*, celui au béné-

¹⁹ Cf. R. SACCO, «Epilogue», in: *L'avenir du droit comparé*, cit., p. 347.

²⁰ V. P. LEPAULLE, «The Function of Comparative Law», *Harv. L. Rev.* 1921/1922, p. 857-858; R. DAVID, «Le droit comparé enseignement de culture générale», *Rev. int. dr. comp.* 1950, p. 682 s.; pour le compte de la Suisse, O. RIESE, «Etude...», cit., p. 22 s.

²¹ L'expression est de P. LEGRAND, «Sur l'analyse différentielle des juriscultures», in: *L'avenir du droit comparé*, cit., p. 317 s., p. 321.

²² V. R. SALEILLES, «Conception et objet de la science du droit comparé», *Rapport présenté au congrès international de droit comparé, Bulletin de la Société de législation comparée*, 1899-1900, Paris, 1900, p. 383 s., p. 395: «le droit comparé cherche à déduire la loi qui doit être». De la «applied comparative law [which] has a practical aim in view, such as law reform or the unification of divergent laws», H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, cit., p. 9, dit que «it is this form of comparative research which is the most vigorous and fertile in output». V. ég. P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, *Traité de droit comparé*, t. I, Paris, 1950, p. 32, pour qui «le juriste qui fait du droit comparé (...) ne se rapproche pas des systèmes juridiques pour la pure joie de les connaître et de les comprendre. Le droit comparé étant une branche du droit, sa fin est la même: régler et améliorer la conduite des hommes». Cf. P. TERCIER, «La perméabilité des ordres juridiques, Rapport introductif», in: *Perméabilité des ordres juridiques*, cit., p. 11 s., p. 29.

fice duquel celle-ci est effectuée.²³ Les droits source et destinataire forment ensemble les droits *objets* de la comparaison; le *résultat* ou *bilan* de la comparaison est le relevé des ressemblances et dissemblances constatées entre les droits objets de comparaison. Le *traitement* de ce bilan est enfin l'utilisation qu'en fait l'auteur, à la suite d'une *appréciation* ou *évaluation* de celui-ci.²⁴

2.1. Comparaison législative

C'est par l'apport qu'elle fournit à l'élaboration législative du droit que la comparaison exerce le plus sûrement une incidence sur la vie de celui-ci.²⁵ C'est là, dit-on, la valeur *réformatrice* du droit comparé.²⁶ Il semble bien qu'à la fois le sens et l'économie de cet apport divergent cependant selon que le droit destinataire soit national (2.1.1.), international ou supranational (2.1.2).

2.1.1. Droit national

L'asservissement du droit comparé au progrès du droit *national*, voilà, on le sait, l'ambition qu'ont nourrie les créateurs en France de la vénérable *Société de législation comparée*.²⁷ C'est aussi le premier objectif qu'ont eu en vue les promoteurs de

²³ Il ne semble pas que la théorie du droit comparé se soit dotée à cet égard d'une terminologie bien ferme. V. KNAPP, «Quelques problèmes méthodologiques dans la science du droit comparé», *Revue roumaine des Sciences sociales* 1968, p. 75 s., in: K. ZWIEGERT / H.-J. PUTTFARKEN, cit., p. 333 s., spéc. p. 336, oppose le *comparatum* au *comparandum*. Chez E. PICARD, «L'état du droit comparé en France, en 1999», cit., p. 161 il est question, respectivement, de «droit de référence» et de «droit découvert». L'«Ausgangsrechtsordnung» est, pour B.C.H. AUBIN/K. ZWIEGERT, *Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht*, Tübingen 1952, p. 16, toujours nécessaire s'agissant de «relative oder zweiseitige Rechtsvergleichung», qui se distingue de la «absolute oder allseitige Rechtsvergleichung», comparaison entre tous les droits ou plusieurs d'entre eux placés sur un pied d'égalité. Sur ce que celui procède à une comparaison active a toujours pour point de départ la «eigene Rechtsordnung», v. H. UYTERHOEVEN, *Richterliche Rechtsfindung und Rechtsvergleichung*, Bern 1959, p. 59.

²⁴ R. SALEILLES, «Conception et objet de la science du droit comparé», cit., p. 394 évoque la «résultante finale de la comparaison»; H. LÉVY ULLMANN, «Rapports du droit international privé avec le droit comparé», *Bull. Soc. Lég. Comp* 1931-1932, p. 208 évoque «un jugement de préférence»; cf. R. DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris 1950, p. III et 78, p. 79 et 135. Sur ce que la comparaison «zu kritischer Beurteilung herausfordert», v. A. EGGER, *Schweizerisches Rechtssprechung und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1913, p. 49 et H. UYTERHOEVEN, cit., p. 65.

²⁵ Cette fonction est souvent considérée comme la plus importante: v. p. ex. K.-H. ERBERT, *Rechtsvergleichung – Einführung in die Grundlagen*, Bern 1978; cf. R. DAVID / C. JAUFFRET-SPINOSI, *Grands systèmes de droits contemporains*, 12 éd., Paris 2002, p. 5; P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, cit., p. 18; H. KÖTZ, «Comparative Law in Germany Today», in: *L'avenir du droit comparé*, cit., p. 25.

²⁶ V. P. ARMINJON, B. NOLDE, M. WOLFF, cit., p. 14.

²⁷ V. G. BOISSONADE, *Bulletin de la Société de législation comparée*, t. 20, 1890-1891, p. 637 s., reproduisant trois articles parus en 1865, 1866 et 1868, pour qui le droit comparé doit en premier lieu contribuer à l'«amélioration continue et progressive de nos propres lois»

l'Institut suisse de droit comparé, ainsi qu'il ressort de la loi de 1982 qui l'a créé. Et de fait, une part importante de son activité consiste à protéger le législateur suisse du vertige des innovations solitaires.²⁸ La fréquence avec laquelle celui-ci y a recours illustre à quel point «l'effet d'entraînement du droit étranger est plus intense dans les petits pays».²⁹ En s'autorisant une incursion dans le mode opératoire qui est le sien, la comparaison à laquelle procède l'ISDC a pour objet le droit suisse, destinataire de la comparaison, et les droits d'autres pays, sources de comparaison, dont l'identité et le nombre est variable selon le domaine ou la question traités.³⁰ Il s'agit souvent d'une double comparaison. Celle-ci a d'abord pour objet les seuls droits étrangers. Ce n'est pas d'une simple «juxtaposition de législations» dont on se contente le plus souvent, puisque l'on confie à une synthèse comparative le résumé des ressemblances et dissemblances et, au besoin, des causes de ces dernières. La comparaison est ensuite effectuée entre, d'une part, les droits étrangers, ou le modèle principal qui se dégage de cette première analyse, et, d'autre part, le droit suisse en vigueur. Le résultat de cette double démarche se joint aux autres «forces créatrices du droit» pour déterminer si et comment le droit suisse sera réformé.³¹ Ainsi pratiquée, la comparaison est *nationaliste*,³² puisqu'elle sert la cause du seul législateur national qui la pratique. Celui-ci ne se soucie pas en effet de faire profiter ses homologues des investigations réalisées. Il n'est pas non plus mû par le désir d'harmonisation. S'il souhaite tirer profit de l'expérience étrangère, c'est en tant que «réservoir d'idées»³³ afin de mieux remplir le devoir qui

(v. C. JASMIN, «Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité: A propos du centenaire du congrès international de droit comparé de Paris», *Rev. int. dr. comp.* 2000, p. 733 s., p. 747).

²⁸ Cf. F. RIGAUX, «Le droit comparé comme science appliquée», *Rev. dr. int. dr. comp.* 1978, p. 66.

²⁹ F. RIGAUX, «Le droit comparé comme science appliquée», cit., p. 66.

³⁰ Ces droits sont étrangers du point de vue suisse quoiqu'ils soient le plus souvent ceux des pays dont proviennent les juristes engagés par l'Institut et intégrés, par-là, au processus législatif: v. B. COTTIER, «Institut suisse de droit comparé», *Rev. int. dr. comp.* 1996.

³¹ Cette deuxième mise en perspective, dont s'occupent en général les offices fédéraux chargés de l'étude ou de la préparation de la réforme envisagée, peut soit confirmer le besoin de changer la loi en vigueur, soit suggérer de la préserver, soit préconiser une correction ou un affinement du projet de modification, soit l'appuyer dans la rédaction qui lui a été donnée.

³² Cf. G. RADBRUCH, «Über die Methode der Rechtsvergleichung», *Monatschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform* 1905/1906, p. 422 s., in: K. ZWEIFERT / H.-J. PUTTFARKEN, cit., p. 52 s., p. 53.

³³ E. ZITELMANN, cit., qui évoquait le «Vorrat an Lösungen» que fournit le droit comparé, d'autant plus utile qu'ainsi que l'observait E. RABEL, «Aufgabe und Notwendigkeit», cit., p. 93, «die menschliche Phantasie ist arm, sie klammert sich an das Bestehende»; d'«extraordinaire réservoir d'idées» est question, plus récemment, chez P. TERCIER, «Perméabilité des ordres juridiques», cit., p. 29; cf. J.M. SMITS, «Comparative Law and Its Influence on National Legal Systems», in: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford 2006, p. 513 s., p. 525.

est le sien, à savoir celui de doter la communauté dont il a la charge des règles les mieux ajustées *pour elle*. Il en va différemment du législateur international.

2.1.2. Droit international ou supranational

Les instances chargées d'élaborer un droit international ou supranational – uniforme ou harmonisé – tirent assez souvent profit de la comparaison.³⁴ C'est là la valeur *unificatrice* ou *harmonisatrice* du droit comparé qu'exaltèrent les promoteurs du Congrès de Paris de 1900, d'après lesquels, on s'en souvient, la naissance d'un «droit commun législatif» en constitue la mission ultime.³⁵ Souvent critiquée, cette idée n'en a pas moins été, à une époque plus récente, relayée par celle d'un «droit européen commun».³⁶ L'ISDC est de plus en plus sollicité par les enceintes internationales ou européennes; ses statuts lui donnent d'ailleurs pour mission de contribuer aussi aux efforts de l'unification ou de l'harmonisation sur ce plan. La visée unificatrice va ici de pair avec la visée réformatrice qu'elle suppose, mais la donne en est toute autre. En effet, les pays dont la législation est susceptible d'être réformée sont ici souvent ceux-là mêmes dont les droits – du moins certains d'entre eux – sont pris comme objet de comparaison. Autrement dit, le droit d'un pays peut être tout à la fois *source* et *destinataire* de la comparaison, encore que la liberté dont jouit l'auteur de celle-ci entraîne qu'il peut s'inspirer également des législations des pays «tiers».³⁷ Sans, en effet, être aucunement imposée, la comparaison est cependant désirable, moins peut-être d'ailleurs pour la qualité objective des règles qui seront proposées que pour la réussite de l'entreprise uniformisante, car un Etat est d'autant plus prêt à en reconnaître le produit et à l'entériner chez lui qu'il y est reconnu. La nécessité du compromis gouverne la démarche. La comparaison à but unificateur porte cependant en elle le ferment de sa propre stérilisation, car dans la mesure où se réalise l'unification recherchée, son utilité s'estompe.³⁸ Ainsi envisagée, la comparaison ne serait qu'un remède à une situa-

³⁴ R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes*, cit., p. 3 qui jugent le droit comparé indispensable à cet égard; pour une relativisation, v. cependant R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit.

³⁵ C'est, pour E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, cit., p. 37, la «fonction vraiment spécifique du droit comparé en tant qu'instrument d'action sur la marche du droit», p. 42; cf. P. LEPAULLE, «The Function of Comparative Law», cit., p. 838 s.; pour H. LÉVY ULLMANN, «Rapports...», cit., p. 205 s., l'«objet» du droit comparé est bel et bien le «rapprochement systématique» des droits.

³⁶ Cf. H. KÖTZ, «Comparative Law in Germany Today», cit., p. 28.

³⁷ Que l'on songe à l'inspiration que la CJCE a tiré, par exemple, du droit de la concurrence américain.

³⁸ V. R. SACCO, «Épilogue», cit.; J. VANDERLINDEN, «Autour et alentour d'une génération de comparatistes belges», *L'avenir du droit comparé*, cit., p. 46; cf. J. MERRYMAN, «On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the Common Law», in: M. CAPPELLETTI (ed.), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Leyden 1978, p. 195. Sur ce que l'histoire récente du droit comparé «must be read as a persistent, albeit not always adroit, attempt to identify sameness across laws and to denote difference to a *modus deficiens* of sameness»,

tion, celle que provoque le morcellement juridique, perçue comme non-optimale; on s'en sert à un moment donné pour que la situation qui la rend fructueuse ne se produise plus.³⁹ C'est le paradoxe inhérent à la valeur unificatrice, auquel on n'a cru pouvoir échapper qu'en minimisant voire niant celle-ci.

Conclusions

Il importe ici surtout de souligner que, visant à produire du droit, la comparaison législative n'est pas vraiment réglementée par le droit: d'abord, son auteur n'est pas tenu d'y avoir recours; ensuite, il a en général toute latitude de choisir lui-même les droits source de comparaison; enfin, il lui est loisible de faire du résultat ce qui bon lui semble. Si l'on peut parler de comparaison des droits (objectifs), il ne saurait être question de droit (objectif) de la comparaison. Les agences chargées d'élaborer le droit ont seules recours à celle-ci. L'instant auquel elle intervient est *prépositif* du point de vue de la règle de droit qui en est le fruit, puisqu'antérieur à son édicition. Pendant cette phase, qu'on peut appeler de sa «prénaissance», la règle de droit, qui n'est qu'en puissance, ne peut s'adresser aux justiciables, destinataires du droit *actuel*. N'ayant pas de rôle à y jouer, ceux-ci n'ont ni le devoir ni le loisir de pratiquer une telle comparaison. On se prend à se demander s'il en va différemment de la comparaison judiciaire.

2.2. Comparaison judiciaire

On laisse généralement entendre que la règle de droit une fois édictée, la comparaison, quelle que soit la place qu'elle parvient encore à s'adjuger, ne peut désormais qu'être l'apanage des organes chargés de l'appliquer.⁴⁰ Pour cerner l'ampleur de cette place, il convient de rappeler que s'il est interdit aux autorités d'un Etat d'*élaborer* le droit d'un autre Etat, elles peuvent fort bien être tenues de le mettre en oeuvre.⁴¹ L'intérêt voué à la comparaison lors de l'application du droit *du for*, date d'une époque plutôt récente (2.2.1). Depuis longtemps, on tend en revanche à lui reconnaître un certain rôle dans l'attribution d'efficacité au droit *étranger* dans le for (2.2.2). C'est en tâchant de mesurer ce rôle qu'on est conduit à faire le point sur les liens unissant le droit comparé et le droit international privé (2.2.3).

v. P. LEGRAND, «The Same and the Different», in: P. LEGRAND / R. MUNDAY, *Comparative Legal Studies*, cit., p. 240 s., p. 245.

³⁹ Si c'est d'un *rapprochement* (v. *supra*, note 35) des législations dont il s'agit, ce qui vient d'être dit vaut dans la mesure du rapprochement accompli: les divergences que la comparaison aura contribué à résorber ne figureront évidemment plus au bilan.

⁴⁰ On aura essentiellement à l'esprit l'activité des *juges*; on ne s'occupera en revanche pas de la comparaison pratiquée par les *arbitres*, puisque l'ISDC n'est pas vraiment sollicité dans ce domaine. V. à cet égard, récemment, G. CRESPI REGHIZZI, «Arbitrato internazionale e comparazione giuridica», *Revista de la Corte española de Arbitraje* 2004, p. 125 s.

⁴¹ V. P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», cit., p. 249-250.

2.2.1. Mise en œuvre du droit du for

a. *Droit national*

La règle de droit, au moyen notamment de ses qualités d'abstraction et de généralité, aspire à garantir aux justiciables une connaissance autant que possible *préjudiciaire* de la norme de conduite qu'ils sont censés observer. Or une telle mission, qui s'oppose en principe à la création du droit par le juge, fait aussi obstacle au recours par ce dernier à la comparaison créatrice du droit auquel le législateur a le loisir de procéder:⁴² ce serait le délier du respect du droit du for et plonger les justiciables dans l'insécurité car il deviendrait impossible de prévoir si la comparaison sera ou non effectivement réalisée par le juge, quels droits en feront l'objet, quel bilan il en dressera, dans quelle mesure il l'intégrera dans sa décision, etc.⁴³ On connaît les conséquences découlant de cet établissement *ex post* de la norme de conduite: augmentation de la litigiosité et entrave au commerce juridique.⁴⁴

Il semble qu'un ordre juridique ne puisse autoriser ses juges à tirer la norme décisionnelle d'une comparaison que lorsque l'application de la règle du for à une espèce individuelle ne livre pas de résultat certain. Ce sera par exemple le cas lorsque la règle de droit n'a objectivement pas été édictée (*lacune* ou *question inédite*), il en existe plusieurs ayant chacune une vocation objective à s'appliquer (*antinomie*), plusieurs interprétations de la seule règle pertinente sont objectivement envisageables (*antinomie interprétative*), etc.⁴⁵ Cantonnée à ces situations,⁴⁶

⁴² V. K. ZWIGERT, «Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode», *RechtsZ.* 1949/1950, p. 5 s., p. 15, pour qui «der Klare Wortlaut einer nationalen Rechtsnorm beansprucht Achtung auch gegenüber der Einsicht, dass eine konkrete ausländische Lösung des Problems die eindeutig bessere ist»; v. ég. K. ZWIGERT / H. KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, 3rd ed., Oxford 1998, p. 18; cf. déjà R. SALEILLES, «Conception et objet de la science du droit comparé», cit., p. 398 [«l'interprète est lié»; «le droit comparé n'a, en pareil cas, aucune valeur propre, ni aucun rôle possible, comme élément d'interprétation»], A. WEISS, «Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit civil», *Bull. Soc. Lég. Comp.*, vol. XII, p. 417 s. et P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», cit., p. 247-248, en note. Cf. plus récemment G. CANIVET, «The Use of Comparative law Before the French Private Law Courts», in: G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), *Comparative Law Before the Courts*, London 2005, p. 183, pour qui «the changes he [= the judge] can induce are, after all, limited and interstitial», le juge n'étant pas autorisé à «overstep his boundaries in the name of experimentation or of innovative interpretation».

⁴³ Cf. A.T. VON MEHREN, «The Contribution of Comparative Law to the Theory and Practice of Private International Law», *Am. J. Comp. L. Sup.* 1977-1978, p. 31 s.

⁴⁴ Qu'il nous soit permis de renvoyer à G.P. ROMANO, «Principe de sécurité juridique, système de Bruxelles I / Lugano et quelques arrêts récents de la CJCE», in: E. CASHIN-RITAINE, A. BONOMI, G.P. ROMANO, *La Convention de Lugano: passé, présent et devenir*, Zürich 2007, p. 165-209, republié in *Rev. drept international privat si drept comparat*, 2007 (à paraître). V. ég. «Le principe de sécurité juridique à l'épreuve des arrêts *Gasser* et *Owusu*», *Cah. dr. eur.* 2008, p. 143 s., spéc. p. 144-151.

⁴⁵ V. G.P. ROMANO, «Principe de sécurité juridique», cit., spéc. p. 177 s.

la comparaison judiciaire ne peut être accusée de porter atteinte à la prévisibilité du droit, car celle-ci n'est, par hypothèse, pas dispensée ici. Le juge est dans ce cas autorisé à – et même censé – s'ériger en *législateur*, du cas concret d'abord.⁴⁷ La *Rechtsfindung* habilite une *Rechtsschöpfung*. S'agissant de nouveau de l'élaboration, ici jurisprudentielle, d'une règle de droit, il est généralement admis aujourd'hui qu'il est loisible au juge d'avoir recours à la comparaison,⁴⁸ sans par ailleurs qu'il y soit aucunement obligé;⁴⁹ la liberté du juge, en tout point analogue à celle du

⁴⁶ V. p. ex. B. MARKESINIS, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom*, Oxford 2003, p. 157 («when it is unclear, contradictory, or otherwise in need of reform»); H. M. RIEMER, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eine Einführung*, 2. Aufl., Zürich 2001 («ist der Fall im Inland nie entschieden worden, kann gefestigte ausländische Rechtsprechung als bewährt werden»); J. MARTÍN CANIVELL, «Comparative Law Before the Spanish Courts», in: *Comparative Law Before the Courts*, cit., p. 211 s., p. 214; G. ALPA, «Foreign Law in International Legal Practice», *ibidem*, p. 210. Sur ce que, plus grande est l'imprévisibilité physiologique de l'issue d'une procédure, plus importante est la place qu'est susceptible de s'adjuger la comparaison, v. G. CRESPI REGHIZZI, «Arbitrato e comparazione giuridica», cit., p. 3.

⁴⁷ V. le «classique» art. 1 [al. 2 et 3] du Code civil suisse. Cf. F.-E. KLEIN, «L'application de la méthode comparative dans la jurisprudence du tribunal fédéral suisse en matière de droit privé», *Rev. int. dr. comp.* 1959, p. 321 s., p. 332. Sur ce que l'idée que la comparaison puisse venir en aide à l'interprète «était tout à fait étrangère au législateur suisse», v. O. RIESE, «Etude...», cit., p. 167 s., p. 184. La possibilité (il s'agit bien d'une simple *faculté*: v. *infra*, dans le texte et note 48) du recours à la comparaison dans le cadre de l'art. 1 CCS est aujourd'hui unanimement admise: v. p. ex. A. MEYER-HAYOZ, *Berner Kommentar*, Bd. I, *Einleitung*, Bern 1966, Art. 1 ZGB, N. 366 s.; H. DESCHENAUX, *Der Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht*, Bd. 2, Basel 1967, § 14, p. 116 s.; TH. MAYER-MALY, *Basler Kommentar zum ZGB*, Art. 1-359, Vol. I, Basel 1996, p. 7; D. DÜRR, *Zürcher Kommentar zum ZGB, Einleitung, 1 Teilband*, Zürich 1998, p. 320 s.; H. M. RIEMER, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Eine Einführung*, 2. Aufl., Zürich 2001. Pour des cas applications récentes, v. ex multis ATF 120 II 252, 254; ATF 123 III 483; ATF 124 III 272 s. E.4 s.; ATF 125 III 326; ATF 126 I 167; ATF 126 III 143 s. E. 7; ATF 128 III 118/119: v. A. GERBER, «Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtssprechung des Bundesgerichts», in: *Perméabilité des ordres juridiques*, cit., p. 143 s.

⁴⁸ V. p. ex. W. ODERSKY, «Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur», *ZeUP* 1994, p. 1 s., p. 2.

⁴⁹ V. déjà A.N. MAKAROV, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, Tübingen 1949, p. 44 (qui oppose «mögliche» et «unumgänglich[e] Rechtsvergleichung»); plus récemment, R. LEGEAIS, «L'utilisation du droit comparé par les tribunaux», *Rev. int. dr. comp.* 1994, p. 347 s. qui distingue «l'utilisation libre de droit comparé» «en dehors de toute obligation pour le juge de consulter et d'appliquer la loi étrangère» du «recours obligatoire au droit comparé», dans le cadre de l'application du droit international privé. Une telle distinction est reprise par U. DROBNIG, «The Use of Comparative Law by Courts», in: U. DROBNIG / S. VAN ERP (eds.), cit., p. 6 s. et exploitée par nombre d'auteurs: v. p. ex. J.M. SMITS, «Comparative Law...», cit., p. 513 s., p. 518; H. UNBERATH, «Comparative Law in the German Courts», in: G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), cit., p. 307; v. A.S. HARTKAMP, «Comparative Law Before the Dutch Courts», *ibidem*, p. 229, 230.

législateur,⁵⁰ se prolonge jusqu'à la détermination du droit ou des droits à comparer⁵¹ et du traitement du bilan qu'il en dresse.⁵² C'est d'abord une norme *individuelle* qui en est issue.⁵³ Dans la mesure où cette norme est destinée à déborder l'espèce concrète,⁵⁴ la comparaison aura également servi à la production d'une règle de droit générale et abstraite, d'origine *jurisprudentielle*. Une telle comparaison est *judiciaire* pour la double raison qu'elle est opérée dans le cadre d'un procès et par le juge. L'ISDC ne l'assiste que rarement dans une telle démarche, puisque l'élément qui la déclenche est, pour la Suisse, l'incertitude du droit suisse, le seul que l'ISDC n'a pas pour mission d'établir. Plus fréquente est son intervention lorsque le droit bénéficiaire de la comparaison est d'origine internationale.

b. Droit international ou supranational

S'il est possible, pour les juges d'un Etat, de s'inspirer des *décisions* rendues par ceux d'autres Etats en application du *même droit uniforme*, on peut douter de ce qu'il s'agit là d'une véritable comparaison *des droits*⁵⁵ car la condition *sine qua non* de celle-ci – diversité des droits objets de comparaison – fait ici défaut.⁵⁶ Source bien venue d'idées dans la phase de l'élaboration d'un droit unifié, ces différences se muent, lors de sa mise en œuvre, en des *contradictions regrettables* qui empêchent la réalisation de l'*uniformité* recherchée.⁵⁷ Le juge qui s'intéresse à la façon dont les règles uniformes ont été appliquées par les juges étrangers, prolonge

⁵⁰ V. U. DROBNIG, «The Use of Comparative Law by Courts», cit., p. 3 s., p. 5; cf. A.S. HARTKAMP, «Comparative Law Before the Dutch Courts», cit., p. 229, 230.

⁵¹ V. pour cette distinction, M. ELVINGER, «Le recours, par les juridictions luxembourgeoises...», in: G. CANIVET, M. ANDENAS, D. FAIRGRIEVE (eds.), cit., p. 231 s, p. 232; sur le caractère parfois tout à fait «accidentel» du choix, cf. U. DROBNIG, «The Use of Foreign Law by German Courts», cit., p. 143; cf. ég. A. GERBER, «Der Einfluss...», cit., p. 143 s. et P. CARONI, *Die Einleitungsartikel des ZGB*, Bern 1982, p. 164 s.

⁵² Cf. M. ELVINGER, «Le recours (...)», cit., p. 233 («le juge omettra de signaler qu'une autre solution eut été envisageable par référence à un autre système juridique dont il n'a cependant pas retenu la solution»). Cf. A.S. HARTKAMP, «Comparative Law Before the Dutch Courts», cit., p. 231, qui souligne qu'en pratique la nature exacte de l'apport du droit comparé peut être difficile à cerner; v. ég. G. ALPA, «Foreign Law in International Legal Practice», cit., p. 196, p. 199.

⁵³ La seule limite est, semble-t-il, qu'il exploite ce résultat au profit d'une des solutions raisonnablement supportées par le droit national, les limites de l'incertitude étant coextensives à celles de la comparaison.

⁵⁴ C'est le cas des décisions rendues par les instances supérieures chargées de l'unification du droit. Sur cette «ambivalenza latente» de la décision «che guarda al passato pensando al futuro», v. M. LUPOLI, *Sistemi giuridici comparati, Traccia di un corso*, Napoli 2001, p. 158; cf. G.P. ROMANO, «Le principe de sécurité juridique», cit., p. 150 et les «Conclusions», p. 176.

⁵⁵ Cf. A.S. HARTKAMP, «Comparative Law Before the Dutch Courts», cit., p. 230.

⁵⁶ Cf., encore que dans le domaine des conflits de lois, M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1391.

⁵⁷ Pour U. DROBNIG, «The Use of Comparative Law by Courts», cit., p. 3, il s'agit d'une «duty which derives from public international law».

l'œuvre unificatrice entreprise par le législateur. Le but poursuivi n'est pas de *comparer* les différences, mais d'œuvrer précisément à ce qu'il n'y en ait pas, à ce que la comparaison soit la moins fructueuse possible. Lorsqu'il est conduit, en appliquant le droit uniforme, à s'inspirer des règles purement étrangères, le juge procède à une véritable comparaison: que l'on pense à l'aide qu'il peut tirer, dans l'interprétation d'une *notion* de droit uniforme, des règles *nationales*, du for et étrangères, qui la définissent. Mais le but de la démarche est là encore la *suppression* des potentielles différences. Le recours à la comparaison n'est en tout cas possible que dans les cas d'incertitude objective du *droit*, ici *uniforme* – à défaut, il serait tout aussi interdit qu'inutile, pour les raisons que l'on vient de voir. Les caractéristiques de cette comparaison sont essentiellement les mêmes que lors de la mise en œuvre du droit purement national. Il convient de se tourner vers le droit étranger.

2.2.2. Mise en œuvre du droit étranger

La mise en œuvre d'un droit étranger suppose celle d'une règle de droit international privé du for qui le désigne.⁵⁸ La prise de connaissance de la loi étrangère est

⁵⁸ C'est là l'«opération originale du droit international privé»: H. BATIFFOL, «Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit», cit., p. 337 («objet même du droit international privé»: E. BALOGH, «Le rôle du droit comparé dans le droit international privé», *Rec. cours*, t. 57, 1936, p. 571 s., p. 593). Sur les rapports entre droit comparé et droit international privé, dont il sera question dans un instant, v. F. KAHN, «Bedeutung der Rechtsvergleichung mit Bezug auf das internationale Privatrecht», *NiemeyersZ.* 1900, p. 97 s.; «Rôle, fonction et méthode du droit comparé dans le domaine du droit international privé», *Bull. Soc. Lég. Comp.* 1900, p. 406-416; P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», *Arch. giur.* «Filippo Serafini» 1902, p. 225-305; H. LÉVY ULLMANN, «Rapports...», cit.; E. BALOGH, «Le rôle du droit comparé...», cit.; A.N. MAKAROV, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, cit.; J.G. RENAUD, «Droit international privé, droit comparé et philosophie du droit», *Rev. dr. int. dr. comp.* 1956, p. 78-86; H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, cit., p. 41-60; J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, 1e éd., t. I, p. 14 (cf. t. III, p. 45, en note); A. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, 2. Aufl., Band I, Basel, 1961, p. 34 s.; H. BATIFFOL, «Droit comparé, droit international privé...», cit. et «Les apports du droit comparé au droit international privé», in: *Choix d'articles*, cit., p. 113 s.; E. JAYME, «Rechtsvergleichung im IPR: Eine Skizze», *Festschrift F. Schwind*, Wien 1978 p. 103 s.; J. KROPHOLLER, «Die vergleichende Methode und das internationale Privatrecht», *ZverglRWiss.* 1978, p. 77 s.; A.T. VON MEHREN, «Choice-of-Law Theories and the Comparative-Law Problem», *Am. J. Comp. L.* 1975, p. 751 s.; du même auteur, «The Contribution of Comparative Law», cit.; Y. LOUSSOUARN, «Le rôle de la méthode comparative en droit international privé», *Rev. crit.* 1979, p. 307 s.; H. KOCH, «Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht», *RabelsZ.* 1997, p. 623 s.; B. FAUVARQUE-COSSON, «Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux», *Rev. int. dr. comp.* 2000, p. 797 s.; Id., «Comparative Law and Conflict of Laws, Enemies or Allies?», *Am. J. Comp. L.* 2001, p. 407-427; Id., «Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis? La réplique», *Rev. int. dr. comp.* 2003, p. 533; Id. «Droit international privé et droit comparé. Brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe», *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Paris 2008, p. 43; M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1363 s.

préalable à l'attribution d'efficacité à celle-ci dans le for. Lorsqu'il se renseigne sur la teneur du droit étranger, le juge du for n'a, en général, pas besoin de comparer. Ce n'est pas tant parce que la simple *Auslandrechtskunde* ne se confond pas avec la *Rechtsvergleichung*;⁵⁹ c'est surtout qu'il s'agit, pour le juge du for, de se conformer à ce que ferait le juge étranger. Or, dans la mesure où son droit est suffisamment clair, le juge, on l'a vu, ne peut pas déduire la norme décisionnelle d'une mise en perspective des droits. Procédant du même souci de sécurité, l'exigence d'application uniforme du droit étranger interdit au juge du for de tirer le contenu de celui-ci d'une confrontation avec le sien. On a pu souligner qu'afin, précisément, d'en relever les spécificités, l'interprète procéderait à une comparaison instinctive du moins implicite avec son propre droit.⁶⁰ Mais une telle comparaison se réduit alors à une simple technique d'appui à la connaissance du droit étranger. A moins qu'elle ne soit déjà effectuée dans l'optique d'évaluer l'efficacité qu'on peut lui attribuer.

C'est surtout les mécanismes d'*adaptation*⁶¹ et d'*ordre public*⁶² qui appellent alors une comparaison. Lorsque certaines questions sont soumises à un droit, notamment du for, et d'autres, pourtant solidaires des premières, à un droit étranger et qu'il existe une divergence significative dans la conception de l'institution qu'elles mettent en cause, un *ajustement* s'impose afin de prévenir les risques de double emploi et de contradiction. Une telle opération est d'autant moins suspecte au regard de la consigne de prévisibilité qu'il s'agit assez souvent, du point de vue du juge, compte tenu de la variété des situations internationales, de questions inédites. L'ordre public suppose une confrontation du droit du for et du droit étranger afin de mesurer, *in concreto*, l'écart qui les sépare et de déterminer si cet écart se

⁵⁹ Cf. E. ZITELMANN, cit., p. 11; E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, cit., p. 8 s.; A. SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, cit., p. 36; M. RHEINSTEIN, *Einführung*, cit., p. 27; J. KROPHOLLER, cit., p. 1.

⁶⁰ V. H. BATIFFOL, «Les apports...», cit., p. 121, pour qui l'enquête en droit étranger «par son objet même, implique une comparaison»; R. FENTIMAN, «Foreign Law in National Courts», cit., p. 13-14, pour qui «If legal argument and adjudication under foreign law is not comparative law, it is hard to know what it is»; en ce sens déjà A.T. VON MEHREN, «The Contribution of Comparative Law...», cit., p. 32; cf. X. BLANC-JOUVAN, «Prologue», cit., p. 9; contra A.S. HARTKAMP, «Comparative Law Before the Dutch Courts», cit., p. 230; cf. M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1381.

⁶¹ V. p. ex. H. LEWALD, «Règles générales des conflits de lois», *Rec. cours*, t. 69, 1939, p. 126 s.; A.N. MAKAROV, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, cit., p. 38; L.-J. COSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, cit., p. 361-362, pour qui «[c]est là probablement le seul exemple où la synthèse comparative conduit à une règle juridique positive, applicable à un litige concret»; cf. ég. H. BATIFFOL, «Les apports...», cit., p. 121-122; O. RIESE, «Etude...», cit., p. 20.

⁶² E. ZITELMANN, cit., p. 11, pour qui «[d]er Inhalt dieser Klausel setzt stets eine wahre Vergleichung zwischen dem fremden Recht und dem eigenen voraus»; v. plus récemment J. KROPHOLLER, cit., p. 9, M. ANCEL, *Utilité et méthodes du droit comparé*, cit., p. 9-10 et R. LEGEAIS, «L'utilisation du droit comparé par les tribunaux», cit., p. 354.

situé en-deçà ou au-delà du seuil de «tolérance».⁶³ On ne s'appesantira pas sur une opération connue. On notera seulement les singularités de la comparaison qu'elle sous-tend. D'abord, le juge *doit* s'y livrer, la «clause», écrite ou non, de l'ordre public, qui est du droit, l'y astreignant. Ensuite, elle a nécessairement pour objet, d'une part, le droit étranger désigné, et, d'autre part, le droit du for.⁶⁴ On est tenté de voir dans le droit du for le droit *source* de comparaison, et dans le droit étranger, le droit *destinataire*. Il s'agit, en effet, peut-on dire, d'une comparaison «à l'envers»: c'est dans le droit du for que doit être recherché le «modèle» dont il convient que le droit étranger ne s'éloigne pas trop, et non dans le droit étranger celui dont le droit du for pourrait trouver profit à se rapprocher. Réglementée, cette forme de comparaison ne l'est cependant que faiblement. Le juge conserve on le sait, des marges de discrétion importantes, et ce tout à la fois dans l'établissement du bilan de la comparaison et dans son traitement.⁶⁵ C'est dire à quel point les justiciables demeurent là aussi étrangers à la démarche.

La comparaison qu'entraîne la mise en œuvre du droit étranger constitue l'un des deux aspects connus des liens entre droit comparé et droit international privé.⁶⁶ L'autre se manifeste sur un plan distinct à un *triple* égard: il faut, d'une part, délaissier la phase de la *mise en œuvre* du droit et remonter à celle de l'*élaboration*, d'autre part, quitter le plan du *droit matériel* et se hisser jusqu'à celui du *droit de conflit*, enfin revenir à une répartition des rôles plus orthodoxe d'après laquelle le droit destinataire est bien le *droit du for*.

2.2.3. Droit comparé et droit international privé

Les internationalistes ont depuis longtemps insisté sur ce que leur travail n'est pas plus concevable sans la pratique de la méthode comparative que la lumière sans l'ombre.⁶⁷ Le but recherché étant d'épargner aux individus des conflits de lois qui

⁶³ V. D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance*, 2 voll., th. Paris I, 2002.

⁶⁴ Encore qu'il soit loisible au juge de s'inspirer également des conceptions des autres pays: que l'on songe, par exemple, à l'«ordre public européen», sur lequel on a déjà tant écrit.

⁶⁵ C'est lui qui détermine si un principe revêt la qualité d'ordre public, qui apprécie l'écart entre lui et la règle étrangère, qui décide si un tel écart constitue une *violation* et si cette violation est «manifeste», etc. Cf. déjà P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», cit., p. 272 s.

⁶⁶ Sur ce que le problème «des rapports existant entre ce qu'il est convenu d'appeler le droit comparé et le droit étranger» est un problème «sérieux», qu'il s'agit d'un «vieux débat, mais qui reste toujours actuel et continue de nourrir des échanges animés», v. X. BLANC-JOUVAN, «Prologue», cit., p. 8-9. Cf. B. FAUVARQUE-COSSON, «La réplique», cit., p. 532. Déjà PH. FRANCESKAKIS, in c.r. de E. RABELS, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, vol. I, Chicago 1945, in: *La pensée des autres*, Thessalonique 1985, p. 31 avait averti que «[l]a conjonction de ses deux disciplines (...) ne semble pas toujours être saisie par les spécialistes de l'une ou de l'autre de ces branches avec toute la clarté désirable»; cf. A.T. VON MEHREN, «The Contribution of Comparative Law», cit., p. 31.

⁶⁷ V. déjà p. ex. J. JITTA, *La méthode du droit international privé*, La Haye 1890; Th. NIEMEYER, *Zur Methodik des internationalen Privatrechts*, Leipzig 1894; P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», cit., spéc. p. 242 s.

risqueraient d'en entraver le commerce juridique,⁶⁸ l'identité des règles de conflit d'un Etat à l'autre a paru le seul instrument permettant d'y aboutir. C'est pourquoi depuis toujours on met en garde le législateur national contre les choix solitaires.⁶⁹ On s'explique aussi les succès que connaît le processus d'unification en ce domaine.⁷⁰ Les influences réciproques entre législations nationales sont nombreuses. Dans la mesure où elles laissent libre cours à la jurisprudence, celle-ci a le loisir de s'inspirer de celle des autres pays. Et c'est bien ce qui survient en pratique.⁷¹ L'Institut y contribue avec les avis de droit rendus en la matière, souvent riches en références étrangères. C'est là une comparaison, *législative* et respectivement *judiciaire*, assez semblable dans son fonctionnement à celle que l'on a vu pour le droit matériel.⁷² Une telle analogie est à l'origine de la conviction que ce que l'on dénomme le droit international privé comparé⁷³ n'est qu'une branche du droit comparé, au même titre que le droit comparé *matériel*.⁷⁴

Les plans sur lesquels oeuvrent les deux types de comparaison demeurent cependant distincts. Qu'il suffit de rappeler la diversité irréductible séparant ces deux disciplines, quant à leur raison d'être, malgré la communauté du point de départ, le constat des écarts entre les droits matériels.⁷⁵ Le droit comparé (matériel), dans la vision classique, se donne pour but de relever et le cas échéant d'étudier ces différences; il n'adresse en revanche pas aux individus des «règles de droit comparé». A l'opposé, le droit international privé tient de telles différences pour acquises et entend de les gérer afin d'empêcher qu'elles se révèlent désastreuses pour les individus; il participe dès lors, par les règles de droit international privé qu'il pose, à l'identification de la norme de conduite adressée aux justiciables. Le droit international privé peut dès lors sans inconséquence, sur le plan qui est le sien, pratiquer la comparaison réformatrice à but unificateur,⁷⁶ car non seulement, dans la mesure où il est unifié, il ne perd pas sa raison d'être, mais c'est là précisément qu'il apporte ses meilleurs fruits, toute différence sur ce plan risquant

⁶⁸ V. p. ex., B. AUDIT, *Droit international privé*, 4^e éd., Paris 2006, p. 1.

⁶⁹ V. déjà la première édition du manuel de P. MAYER (*Droit international privé*, Paris 1977, p. 359, cité par PH. FRANCESCAKIS, c.r., *Rev. crit.* 1977, p. 867 s., p. 875): «La meilleure règle dans notre matière n'est pas celle que la sagacité du législateur français lui a permis de découvrir, mais celle sur laquelle l'accord des autres pays s'est fait»; il s'agit pour lui de la «règle d'or» (n° 585).

⁷⁰ V. P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», cit., p. 253 s.; M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1377 s.

⁷¹ G. BEITZKE, «Bemerkungen zur Kollisionsrechtsvergleichung in der Praxis», *RebelsZ* 1984, p. 623 s. évoque à cet égard (p. 633 s.) une «judikative Kollisionsrechtsvergleichung».

⁷² Cf. p. ex.; P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», cit., p. 245 et 247.

⁷³ Pour ce terme, v. déjà P. FEDOZZI, «Ufficio, funzione e metodo», cit., p. 244.

⁷⁴ V. J.-P. NIBOYET, *Traité*, cit., t. I, p. 14; cf. t. III, p. 35, en note; H. LÉVY ULLMANN, «Rapports...», cit., p. 218; P.H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl., 1976, p. 79 s.; M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1367.

⁷⁵ Y insiste, p. ex., E. BALOGH, «Le rôle du droit comparé», cit., p. 571 s., p. 577.

⁷⁶ V. p. ex., avec beaucoup de vigueur, H. LÉVY ULLMANN, «Rapports...», cit., p. 218.

de le détourner de son but. Il en va tout autrement du plan du droit matériel: l'unification de celui-ci rend infructueuse la comparaison qui s'alimente de ces différences.⁷⁷

Quoiqu'il en soit, les deux points d'articulation entre les deux branches – *comparaison matérielle* c'est-à-dire asservie à la *mise en œuvre* (non à l'élaboration) du *droit matériel* (non de conflit) *étranger* (non du for), d'une part; *comparaison conflictuelle* c'est-à-dire asservie à l'*élaboration* du *droit de conflit du for*, d'autre part – ont paru assez peu problématiques. Ainsi qu'on a pu le constater, «la doctrine contemporaine se préoccupe assez peu de la question des liens entre les deux disciplines».⁷⁸ Si l'on fait abstraction du problème rebattu de la qualification,⁷⁹ on s'arrête encore trop rarement sur le rôle pouvant revenir à la comparaison *en aval* de l'*élaboration* de la règle de conflit du for, car la règle est déjà *élaborée*, et *en amont* de la *mise en œuvre du droit étranger*, car celui-ci n'a pas encore été déterminé.⁸⁰ Cela s'explique parce que, dans la vision classique du droit international privé à laquelle le droit comparé classique s'est tout naturellement rallié, l'identification du *droit applicable* ne passe pas par une *comparaison* des droits matériels et notamment de la *teneur* de ceux-ci et du *résultat* de leur application.

Conclusion

Lorsque le droit a été élaboré et qu'il s'agit de le mettre en œuvre, la comparaison n'est susceptible de jouer qu'en cas d'*incertitude objective* quant au résultat de son application. On peut y discerner le premier principe d'un *droit (objectif) de la comparaison*. Hormis un tel principe cependant, la comparaison *judiciaire* semble bien partager toutes les caractéristiques de la comparaison *législative*, y compris l'absence de réglementation. Du côté des justiciables, force est de constater que, lorsque la règle de droit est suffisamment claire, ils sont tenus purement et sim-

⁷⁷ Rapp. H. BATIFFOL, «Les apports...», cit., p. 117.

⁷⁸ En ce sens B. FAUVARQUE-COSSON, «Droit comparé et droit international privé», cit. p. 798; cf. H. BATIFFOL, «Les apports...», cit., p. 121, d'après qui «le rôle propre du droit comparé en droit international privé devrait faire l'objet d'études plus détaillées (...)».

⁷⁹ Sur ce que la qualification impliquerait toujours une comparaison, v. E. RABEL, «Das Problem der Qualifikation», *RechtsZ* 1931, p. 241 s. (*The Conflict of Laws: A Comparative Study*, 2nd ed., 1958, p. 54 s.); cf., à la suite de Rabel, ex multis, K. ZWIGERT, «Die dritte Schule im internationalen Privatrecht», *Festschrift L. Raape*, Hamburg 1948, p. 35 s.; H. LÉVY ULLMANN, «Rapports...», cit., p. 214 s.; E. BALOGH, «Le rôle du droit comparé...», cit., p. 587 s., 598 s.; A.N. MAKAROV, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 26 s.; B. GROSSFELD, «The Strength and Weakness of Comparative Law», cit., p. 21; M. GRAZIADEI, «The Functional Heritage», in: P. LEGRAND et R. MUNDAY (eds.), cit., p. 100 s., spéc. p. 104.

⁸⁰ Cf. A.T. VON MEHREN, «The Contribution of Comparative Law», cit., p. 33 et p. 34, pour qui «in the traditional or classical methods (...) the foreign-law dimension of the comparative-law problem is not considered until after the forum has chosen the governing law»; ces méthodes classiques réduisent dès lors «to the minimum the role of comparative law» (p. 34).

plement de l'observer sans avoir besoin de comparer pour la connaître.⁸¹ A défaut de prévisibilité suffisante de celle-ci, les justiciables n'ont pas le pouvoir de la déduire *eux-mêmes* de la comparaison des droits; ce n'est pas à eux qu'appartient de trancher l'incertitude du droit mais au juge. Ils ne peuvent pas non plus, dans de telles situations, exiger de celui-ci que, pour leur rendre justice, il pratique la comparaison pas plus qu'il ne s'abstienne de la pratiquer.

Il paraît possible de conclure que s'agissant des fonctions qu'on a dénommées contemplative et active du droit comparé, les justiciables, utilisateurs du droit, ne sont pas pour autant les utilisateurs de la comparaison des droits⁸² en ce sens qu'ils n'ont *ni le droit de comparer pour produire la norme de conduite qui leur sera applicable ni le devoir de comparer pour la déduire, ni le droit de prétendre que les autorités comparent pour eux à cet effet*. La comparaison peut fort bien être à l'origine de la règle dont les justiciables tiennent leurs droits et obligations, règle qui peut appartenir à telle ou telle autre loi, être générale et abstraite ou bien norme décisionnelle; mais à l'heure où une telle règle est appelée à déployer une incidence dans leur vie juridique, à être vécue par eux, c'est qu'elle a été déjà créée, que la comparaison a déjà joué, au-dessus et indépendamment d'eux, lors du travail de création de celle-ci auquel ils ne participent pas. Ne produisant pas de règle de droit générale et abstraite pas plus que de norme décisionnelle, le justiciable peut bien se désintéresser d'une comparaison qui se présente à lui en guise de «fait accompli» et sur laquelle il n'exerce aucune maîtrise.

Or pareille conclusion, à laquelle semble bien conduire l'analyse courante des applications du droit comparé, ne rend qu'imparfaitement compte de la donne juridique internationale contemporaine en ce qu'elle ne reflète pas la montée en puissance de l'œuvre comparative des justiciables.⁸³ Nous en avons fait l'objet de la deuxième partie de cette étude.

⁸¹ On peut tout au plus en dégager à leur avantage un droit à ce que, si la question est portée devant un juge, celui-ci s'abstienne précisément de la trancher par recours à la comparaison.

⁸² De manière tout à fait explicite, v. J. KROPHOLLER, cit., p. 1 qui cite parmi les «*einzelne Träger der Rechtsvergleichung*» les représentants de «*Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung*»: les *Rechtsträger* n'y figurent donc pas; cf. ég. M. FERID, «*Die derzeitige Lage von Rechtsvergleichung und IPR in der BRD*», *ZfRV* 1980, p. 86 s. Les acteurs de la comparaison sont, pour M. REIMANN, «*Comparative Law and Private International Law*», cit., p. 1366, les «*lawmakers*» et les «*decision-makers*», ces derniers étant, pour lui, les juges. Ce qu'on a pu dénommer, il y a trente ans, «*science comparative appliquée*» regroupe, aux dires de celui qui a forgé l'expression, «*les analyses de droit comparé dont un juge ou un arbitre déduit une solution positive*»: F. RIGAUX, «*Le droit comparé...*», cit., p. 73; on comprend qu'en limitant de la sorte le cercle des acteurs de la comparaison *appliquée*, l'auteur ait jugé «*décevant*» le bilan de celle-ci.

⁸³ Tous les traités, introductions, précis ou manuels de droit comparé semblent bien à ce jour ignorer le phénomène des règles à rattachement multiple et le rôle qu'elles assignent à la comparaison des droits. Quelques spécialistes des deux disciplines y font en revanche allu-

Partie II - Comparaison pratiquée par les justiciables

Le droit international privé contemporain est marqué par l'essor des règles de conflit à rattachement multiple;⁸⁴ leur poids est en effet grandissant, compte tenu

sion, encore qu'il ne s'agit le plus souvent que de quelques lignes, consacrées essentiellement aux règles de conflit alternatives (le pouvoir de comparaison qu'offre l'option de législation étant pratiquement toujours négligé): M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1382-1383 («specific comparative analysis»); B. FAUVARQUE-COSSON, «La réplique», cit., p. 532 («les règles de conflit à rattachement multiple qui poursuivent un objectif précis (...) commandent d'identifier les diverses lois susceptibles de s'appliquer et de les comparer en vue d'appliquer celle qui permet d'aboutir au résultat recherché»); v. du même auteur: «Droit international privé et droit comparé», cit., p. 50, p. 56 et «Le droit comparé: art d'agrément», cit., p. 87-88 où on lit d'ailleurs qu'«Il y a, nous semble-t-il, une *pathologie de la comparaison* lorsque l'application de la norme implique nécessairement la comparaison»; B. GROSSFELD, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Oxford 1990, p. 23; A.S. HARTKAMP, «Comparative Law Before the Dutch Courts», cit., p. 230, en s'appuyant sur L. STRIKWERDA I / R. DE JONG, *Rechtsvergelijking en rechtsvinding in burgerlijke zaken*, Nijmegen 1994, p. 20 s.; U. DROBNIG, «The Use of Foreign Law by German Courts», cit., p. 1; v. ég. du même auteur, «Foreign Law Before the French Courts: the Conflict of Law Perspective», in: *Comparative Law before the Courts*, cit., p. 3 s., p. 12 et p. 56. Ce nouveau rôle de la comparaison avait été prophétisé par A.T. VON MEHREN, «The Contribution of Comparative Law», cit., p. 153 s., p. 159. E. JAYME, «Rechtsvergleichung im internationalen Privatrecht», cit., p. 103 s. et H. KOCH, «Rechtsvergleichung im Internationalen Privatrecht», cit., p. 632 s. y consacrent des développements plus substantiels encore qu'ils négligent eux aussi les règles accordant une option de législation.

⁸⁴ Sur les règles de rattachement à caractère substantiel en général, v. A. BUCHER, «Sur les règles de rattachement à caractère substantiel», *Liber amicorum A.F. Schnitzer*, Genève 1979, p. 39; H. BAUM, *Alternativanknüpfungen*, Tübingen 1985; P.M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève 1985; H. GAUDEMET TALLON, «L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de la Haye)», *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris 1994, p. 181 s.; F. SOIRAT, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, th. Paris I, 1995; Ch. SCHRÖDER, *Das Günstigkeitsprinzip im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M. / Berlin 1996; J. VON HEIN, *Das Günstigkeitsprinzip im Internationalen Deliktrechts*, Tübingen 1999; P. PICONE, «Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione», in: *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova 1998, p. 303 s. et «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé», *Rec. cours*, t. 276, 1999, p. 9 s., spéc. p. 84 s. Sur les règles prévoyant une option de législation, v. F. STURM, «Parteiautonomie als bestimmender Faktor im internationalen Familien- und Erbrecht», *Festschrift E. Wolf*, Berlin 1985, p. 637 s.; J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles 1992; P. GANNAGÉ, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. crit.* 1992, p. 425 s.; A. VON OVERBECK, «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», *Hommage F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 619 s.; I. SCHWANDER, «Subjektivismus in der Anknüpfung im internationalen Privatrecht», *Etudes P. Lalive*, Genève 1993, p. 181 s.; T. VIGNAL, *La part de la volonté dans les règles de conflit de lois hors des contrats*, th. Paris 2, 1993; I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali fra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova 1996; P. PICONE, «Autonomia della volontà e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», in: *La riforma*, cit., p. 515 s.; M.-E. MATHIEU, *L'electio iuris en droit*

du nombre des domaines qu'elles ont conquis ou sont en passe de conquérir⁸⁵ tout autant que de l'infléchissement qu'elles apportent au modèle traditionnel de règles, à rattachement unique, dit «savignien». Leur singularité consiste en ce qu'elles retiennent deux ou plusieurs rattachements, et donc potentiellement deux ou plusieurs lois, dont le nombre et la qualité peuvent aussi demeurer indéterminés; la désignation du seul droit dont sera finalement tirée la règle de conduite adressée aux justiciables, est effectuée à l'appui d'un *critère* supplémentaire, non plus géographique, mais *matériel*, au sens large du terme. Voilà qui leur vaut l'appellation, qu'on retiendra ici, de règles de conflit à caractère *matériel ou substantiel*.⁸⁶ Il importe de se faire une idée sommaire de l'ampleur qu'a désormais pris ce phénomène et de son mode de fonctionnement (1). C'est ce qui nous permettra de mettre en regard la comparaison qu'il suppose avec les comparatismes savants que nous venons d'examiner (2).

1. Le phénomène

Il convient de dresser un inventaire des domaines où se rencontrent les règles dont il est question sans prétendre à une exhaustivité que rendrait téméraire la prolifération incessante des codes, lois, générales ou spéciales, instruments internationaux qu'ont connue ces deux dernières décennies⁸⁷ (1.1). On s'attachera ensuite à étudier les caractéristiques de la comparaison qu'elles impliquent (1.2).

international privé. Aperçu de droit comparé, th. Paris 2, 1998; V. HEUZÉ, «La volonté en droit international privé», *Droits* 1999, p. 113 s.; D. BUREAU, «L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois», *Mélanges F. Terré*, Paris 1999, p. 285 s.; Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht*, Heidelberg 2000; F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, Napoli 2003; S. LEIBLE, «Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung», *Festschrift E. Jayme*, München 2004, p. 485 s.; S.M. CARBONE, «L'autonomia privata nei rapporti economici internazionali ed i suoi limiti», *Riv. dir. int. pr. proc.* 2007, p. 892 s.

⁸⁵ Il y a treize ans, F. SOIRAT, *Règles de rattachement localisatrices*, cit., p. 8, faisait déjà le constat qu'«aucune province du droit privé ne paraît plus désormais à l'abri de la 'substantialisation'».

⁸⁶ Sur ce que la détermination de la loi applicable est alors commandée «[...] par les enseignements tirés de la comparaison des différentes lois», v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 9 éd., Paris 2007, p. 182.

⁸⁷ On aura surtout à l'esprit les codifications nationales qui ont vu le jour ces vingt dernières années, c'est-à-dire: la loi d'introduction du Code civil allemand («EGBGB») de 1986; la loi fédérale suisse sur le d.i.p. («LDIP») de 1987; le Code des personnes et de la famille du Burkina Faso de 1989 [Art. 988-1050]; le Code civil de Louisiane de 1991 [Art. 3515-3549]; le Code civil du Québec («CCQ») de 1991 [Art. 3076-3178]; la loi roumaine sur le droit international privé de 1992; la loi «de réforme» italienne de 1995; la loi du Liechtenstein de 1996; le Code civil de la République d'Ouzbékistan de 1997 [Art. 1158-1199]; le Code de d.i.p. tunisien de 1998; la loi vénézuélienne de d.i.p. 1998; la loi slovène sur le d.i.p. de 1999 (le texte original et la traduction allemande de toutes ces lois se trouvent in W. RIERING (Hrsg.), *IPR-Gesetze in Europa*, München/Bern 1997 et J. KROPHOLLER (et al.), *Aussereuropäische IPR-*

1.1. Etendue du phénomène

Il est habituel de distinguer entre règles qui octroient aux parties, ou à l'une d'entre elles, une *option de législation* (1.1.1) et règles de conflit dites *alternatives* où le critère matériel élevé à la dignité de facteur de sélection est désigné par l'auteur de la règle (1.1.2). Une adhésion à cette distinction dans la présentation qui suit n'empêchera pas de montrer à quel point la distinction peut être délicate.

1.1.1. Règles prévoyant une option de législation

a. *Obligations*

On sait que c'est dans le domaine des obligations contractuelles que le principe du choix par les parties de la loi applicable trouve une consécration pratiquement universelle aujourd'hui. On sait aussi qu'elles ont le plus souvent le loisir de désigner une loi qui n'a pas de liens géographiques avec le contrat qu'elle est destinée à régir encore que l'intervention des règles internationalement impératives qui limitent l'efficacité d'une telle désignation est d'autant moins fréquente que la loi choisie présente un lien objectif avec l'opération contractuelle. On rappellera également que les contractants sont en principe autorisés à «dépecer» le régime juridique du contrat.⁸⁸ S'agissant des contrats caractérisés par une disparité de

Gesetze, Hamburg / Würzburg 1999); le Code civil de Lituanie (Livre premier, Section II) adopté le 18 juillet 2000 (v. pour une présentation, V. MIKELENAS, «Reform of Private International Law in Lithuania», *Yearbook PIL* 2005, p. 161 s.); le Code civil russe de 2001 (Art. 1186-1224) et le Code de la famille russe de 1995 (Art. 124-133 et 156-167; v. pour une présentation, S. LEBEDEV et al., «New Russian Legislation on Private International Law», *Yearbook PIL* 2002, p. 117 s. et texte anglais *ibidem*, p. 335 s.); la loi coréenne sur le d.i.p. de 2001 (v. le texte anglais in *Yearbook PIL* 2003, p. 315 s., et la présentation par K.H. SUK, «The New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea», *ibidem*, p. 99 s.); le projet de Code de d.i.p. de Puerto Rico, dont la dernière version date de 2002; le Code belge de d.i.p. de 2004 (publié et commenté dans toutes les principales revues); la loi ukrainienne sur le d.i.p. de 2005 (v. pour un aperçu A. DOVGERT, «Codification of Private International Law in Ukraine», *Yearbook PIL* 2005, p. 131 s.); le Code de d.i.p. bulgare de 2005 (v. le texte en allemand in *RabelsZ* 2007, p. 457 s.; pour une présentation, v. C. JESSEL-HOLST, «The Bulgarian Private International Law Code of 2005», *Yearbook PIL* 2007, p. 375 s. et J. ZIDAROVA / V. STANCEVA-MINCEVA, «Gesetzbuch über das Internationale Privatrecht der Republik Bulgarien», *RabelsZ* 2007, p. 398 s.; la nouvelle loi sur le d.i.p. japonais de 2006 (v. le texte en anglais in *Yearbook PIL* 2006, p. 427 et en français in *Clunet* 2007, p. 927 s; pour une présentation, v. Y. OKUDA, «Aspects de la réforme du droit international privé au Japon», *Clunet* 2007, p. 899 s.); le Code de droit international privé du Qatar de 2005 (sur lequel v. M.-C. NAJM, «Codification of Private International Law in the Civil Code of Qatar», *Yearbook PIL* 2006, p. 249 s.), le Code turque de droit international privé de 2007 (v. le texte en anglais in *Yearbook PIL* 2007, p. 583 s. et le compte-rendu de G. TEKINALP, «The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure», *Yearbook PIL* 2007, p. 313 s.).

⁸⁸ V. en sus de l'art. 3 (1) de la Convention de Rome (inchangé dans le futur Règlement Rome I), l'art. 1209 du Code civil russe et l'art. 24 du Code turque; malgré le silence de la loi japo-

force contractuelle, notamment de consommation et de travail, le régime de protection de la partie faible que l'on tend de plus en plus souvent à organiser, consiste parfois à ouvrir à celle-ci une véritable faculté de choix, unilatéral donc, qui peut être exercé au profit de la loi désignée par le rattachement objectif et écartée par l'élection bilatérale.⁸⁹ Là où ils sont spécifiquement prévus, les actes juridiques unilatéraux⁹⁰ sont soumis à la loi librement désignée par l'auteur de l'acte.

Sur le vaste front non-contractuel, le Règlement dit «Rome II» en est venu à admettre un choix postdélictuel bilatéral illimité de lois,⁹¹ encore que certains délits – en matière de concurrence et d'atteintes aux droits de propriété intellectuelle – en soient exceptés, exception par ailleurs dont on se demande déjà si elle est vraiment justifiée.⁹² En dehors de l'UE, un choix postérieur restreint est récurrent.⁹³ Le pouvoir bilatéral de choix est accordé par le Règlement à un stade prédélictuel également, mais il faut alors que la relation se noue entre professionnels.⁹⁴ Un choix unilatéral de la victime est octroyé en matière d'atteintes à l'environnement, sous forme de désignation par elle de la loi du fait générateur.⁹⁵ Des codifications nationales ont entériné une semblable option unilatérale en ce même domaine et aussi dans d'autres, tels la responsabilité du fait des produits ou celui

naise à cet égard, il ne semble pas que le principe du dépeçage soit exclu: en ce sens, Y. OKUDA, «Aspects de la réforme», cit., p. 902.

⁸⁹ Il en va ainsi notamment de la loi nouvelle japonaise: v. notamment l'art. 11 où l'applicabilité de la loi de résidence habituelle du consommateur n'est prévue que «lorsque le consommateur manifeste au commerçant sa volonté qu'une règle impérative particulière de la loi de résidence habituelle s'applique». Sur ce que «cette disposition est très différente des règles européennes», v. Y. OKUDA, «Aspects de la réforme», p. 907 s. L'art. 12 contient une disposition similaire pour les contrats de travail.

⁹⁰ Art. 3541 du Code civil de Louisiane, art. 3111 du CCQ, art. 69 de la loi roumaine, art. 53 de la loi du Liechtenstein, art. 18 al. 4, de la loi coréenne, art. 44 du projet de Puerto Rico, art. 105 du Code belge.

⁹¹ V. art. 14 du Règlement (CE) No. 864/2007; v. sur cette disposition, TH.M. DE BOER, «Party Autonomy and Its Limitations in the Rome II Regulation», *Yearbook PIL* 2007, p. 19 s.

⁹² Il s'agit des art. 6 § 4 et 8 § 3; v. TH.M. DE BOER, «Party Autonomy», cit., p. 24 s. et, sur l'art. 8 § 3, N. BOSCHIERO, «Infringement of Intellectual Property Rights – A Commentary on Article 8 of the Rome II Regulation», *Yearbook PIL* 2007, p. 87 s., spéc. p. 106 s.

⁹³ V. art. 1219 al. 3 du Code civil russe (v. S. LEBEDEV et al., «New Russian Legislation on Private International Law», cit., p. 142); art. 34 al. 5 de la loi turque («in line with current thinking with tort law»: v. G. TEKINALP, «The 2007 Turkish Code», cit., p. 336); art. 49 al. 4 de la loi ukrainienne (v. A. DOVGERT, «Codification of Private International Law in Ukraine», cit., p. 154); art. 21 de la loi japonaise (v. pour quelques cas jurisprudentiels, v. Y. OKUDA, «Aspects de la réforme», cit., p. 915); art. 132 LDIP.

⁹⁴ V. art. 14 al. 1 lit. b du Règlement (CE) No. 864/2007.

⁹⁵ V. art. 7 du Règlement (CE) No. 864/2007: sur l'option ainsi ouverte, v. TH. KADNER GRAZIANO, «The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment», *Yearbook PIL* 2007, p. 71 s., spéc. p. 74 s.; cf. déjà P. BOUREL, «Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé conventionnel: les dommages causés à l'environnement», *Mélanges Y. Loussouarn*, cit., p. 93 s., spéc. n° 16 et J. VON HEIN, *Das Günstigkeitsprinzip*, cit., p. 121 s.

des atteintes à la personnalité.⁹⁶ Quant à l'enrichissement sans cause et à la gestion d'affaires, les parties peuvent, semble-t-il, d'après la législation communautaire, les soumettre à la loi de leur choix postérieurement à la réalisation des actes ou faits qui les génèrent; des codifications nationales récentes, consacrent expressément un tel pouvoir.⁹⁷

b. *Droit des successions et de la famille*

Les codifications nationales semblent reconnaître à la *professio iuris* une faveur croissante.⁹⁸ Il est possible, sinon probable, qu'elle sera bientôt admise au sein de l'Union européenne.⁹⁹ Lorsqu'elle est prévue, c'est aujourd'hui au *de cuius* qu'elle est invariablement octroyée, encore qu'il ne soit peut-être pas saugrenu de s'interroger sur l'opportunité d'ouvrir un accord entre le *de cuius* et les héritiers, notamment les réservataires;¹⁰⁰ cela conviendrait d'autant plus aux quelques systèmes qui offrent aux réservataires, ou à certains d'entre eux, le pouvoir de réclamer la protection accordée par la loi applicable à défaut de choix.¹⁰¹ Le cercle de lois éligibles par le *de cuius* est invariablement limité: loi nationale, loi de la résidence habituelle (ou loi du domicile), parfois loi de situation de l'immeuble ou encore loi

⁹⁶ V. art. 132 et 135 LDIP, art. 3128 CCQ, art. 62 et 63 de la loi italienne, art. 32 de la loi vénézuélienne, art. 70-73 du Code de d.i.p. tunisien, art. 1221 du Code civil russe, art. 33 de la loi coréenne, art. 100 du Code belge, art. 49 de la loi ukrainienne, art. 108 et 109 du Code bulgare, art. 35 et art. 36 de loi turque.

⁹⁷ Cf. art. 1223(1) du Code civil russe, art. 33 de la loi coréenne, art. 113 al. 1 du Code bulgare, art. 39(2) de la loi turque, art. 16 de la loi japonaise.

⁹⁸ Art. 25, al. 2, EGBGB (où le choix est cependant limité aux seuls immeubles situés en Allemagne et à la seule loi allemande), art. 90 LDIP, art. 47 de la loi italienne, art. 3098 du CCQ, art. 5 de la Convention de la Haye de 1989 auquel Art. 1 de la loi des Pays Bas du 4 septembre 1996 fait référence, art. 29 de la loi du Liechtenstein, art. 68 de la loi roumaine, art. 40 de la loi coréenne, art. 33 du projet de Puerto Rico, art. 79 du Code belge, art. 89 (3) de loi bulgare, art. 70 de loi ukrainienne. P. LAGARDE, «Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions», *Homenaje J. González Campos*, t. II, Madrid 2005, cite également une loi finlandaise entrée en vigueur en 2002.

⁹⁹ Telle est le pronostic de P. LAGARDE, «Vers un règlement communautaire», cit., p. 1704 et les conclusions à p. 1708; v. ég. A. DAVI, «Riflessioni sul futuro diritto internazionale privato europeo delle successioni», *Riv. dir. int.* 2005, p. 297 s., spéc. p. 319 s.; sur la *professio iuris* en matière successorale, v. récemment, E. VASSILAKAKIS, «La *professio iuris* dans les successions internationales», *Mélanges P. Lagarde*, Paris 2005, p. 803 s.; D. POPESCU, «Some Remarks on the Applicable Law to International Successions in Romania», *Yearbook PIL* 2007, p. 277 s.

¹⁰⁰ Cf. la formule utilisée par le Livre Vert – Successions et testaments, 1 mars 2005, SEC [2005]270, p. 6, et la Question 5.

¹⁰¹ Ce qui revient à leur donner de facto une faculté de choix postérieur au décès aboutissant, dans la mesure de son efficacité, à neutraliser celle qu'on prétend reconnaître au *de cuius*. Tel est le cas de l'Italie, de la Belgique, de la Roumanie et de la Bulgarie. V. pour une discussion, D. POPESCU, «Some Remarks on the Applicable Law to International Successions in Romania», *Yearbook PIL* 2007, p. 277 s., p.303 s.

applicable au régime matrimonial.¹⁰² Le choix par les époux de la loi applicable à celui-ci connaît une très large diffusion¹⁰³ et tout laisse présager qu'il sera bientôt consacré au niveau communautaire.¹⁰⁴ Ce choix est pratiquement toujours cantonné à une palette de lois, quoiqu'assez généreusement délimitée: loi nationale de l'un ou de l'autre époux, loi de la résidence habituelle de l'un ou de l'autre, loi du domicile commun, notamment postérieur au mariage, loi de l'immeuble, parfois loi du lieu de célébration du mariage. Certains systèmes ouvrent aux époux la possibilité de désigner la loi applicable à leurs rapports personnels également.¹⁰⁵ L'obligation alimentaire peut, d'après le tout récent Protocole du 23 novembre 2007 à la nouvelle Convention de La Haye en la matière, faire l'objet d'un choix de loi entre le créancier et le débiteur d'aliments; l'éventail de lois éligibles comprend celles de la nationalité ou résidence habituelle d'un époux et la loi applicable ou appliquée aux relations patrimoniales ou bien au divorce ou à la séparation de corps.¹⁰⁶ S'inspirant de la faveur pour le créancier d'aliments, notamment l'enfant, d'autres règles l'investissent d'un pouvoir de choix unilatéral.¹⁰⁷ Quant au divorce et à la séparation de corps, les conjoints ont, d'après certains systèmes, le loisir d'invoquer la protection de la loi du for.¹⁰⁸ L'éventail de lois éligibles est bien plus significatif dans les règles, bilatérales, que contient la proposition de Règlement communautaire en la matière.¹⁰⁹ S'agissant des droits de la personnalité, se dessine

¹⁰² V. la loi finlandaise de 2002, citée par P. LAGARDE, «Vers un règlement communautaire», cit.

¹⁰³ Outre la France, le Luxembourg et les Pays Bas, liés par la Convention de la Haye de 1978, entrée en vigueur le 1er septembre 1992, dont l'art. 3 prévoit un choix limité de la loi applicable, v. l'art. 15 du EGBGB, l'art. 52 de la LDIP, l'art. 3122 du CCQ, l'art. 21 de la loi roumaine, l'art. 30 de la loi italienne, l'art. 20 de la loi du Liechtenstein, l'art. 22 de la loi vénézuélienne, l'art. 161 du code russe de la famille, l'art. 38 de la loi coréenne, l'art. 23 du projet de Puerto Rico, l'art. 49 du Code belge, l'art. 1.28 du Code lituanien, l'art. 59 du Code ukrainien, l'art. 79 du Code bulgare (encore que dans la seule mesure où la loi désignée par le rattachement objectif le permet), l'art. 15 de la loi turque, l'art. 26 de la loi japonaise. En se référant à l'Europe des Quinze, P. LAGARDE, «Vers un règlement communautaire», cit., p. 1692, déclare qu'«il semble que la Grèce soit le seul Etat à ignorer encore en cette matière l'autonomie de la volonté».

¹⁰⁴ En ce sens P. LAGARDE, «Vers un règlement communautaire», cit., p. 1692. Sur ce que «[s]ull'attribuzione di un ruolo all'autonomia della volontà la decisione (...) sembra essere già stata presa», v. S. BARIATTI / I. VIARENGO, «I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario», *Riv. dir. int. pr. proc.* 2007, p. 603 s., p. 611.

¹⁰⁵ V. art. 14 du EGBGB; v. ég. l'art. 9 al. 2 du Code civil espagnol.

¹⁰⁶ V. art. 8 du Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires, conclu le 23 novembre 2007.

¹⁰⁷ V. art. 311-18 du Code civil, d'après lequel «l'action a fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur»; v. ég. l'art. 75 du Code belge.

¹⁰⁸ V. l'art. 1 de la loi des Pays Bas du 25 mars 1981, le nouvel art. 107 du code civil espagnol et l'art. 55 du Code belge.

¹⁰⁹ D'après laquelle la loi de la résidence habituelle commune actuelle, celle de la résidence passée prolongée pendant plus de cinq ans, la loi de la nationalité de l'un des conjoints ou la loi du pays du dépôt de la demande peuvent être alternativement désignées. V. l'art. 20-

une tendance à admettre le choix en matière de *noms*, entre, notamment, la loi nationale et la loi de la résidence habituelle de la personne concernée.¹¹⁰

1.1.2. Règles de conflit alternatives

a. *Règles de faveur pour l'établissement valable d'un acte*

L'archétype est livré par les règles en matière de validité *formelle* des actes juridiques.¹¹¹ Fort récurrentes, leur propriété est de retenir plusieurs rattachements et de déclarer l'acte valable dès lors que les conditions de forme prévues par l'une des lois ainsi désignées sont réunies. Beaucoup d'auteurs y discernent l'octroi à l'auteur de l'acte, du pouvoir de *choisir* la loi applicable à la forme.¹¹² Pour apprécier le bien-fondé d'une telle opinion, il faut se situer à l'instant antérieur à l'accomplissement de l'acte. Il apparaîtra alors qu'effectivement, l'auteur peut décider de se conformer à l'une ou l'autre loi, c'est-à-dire de respecter les formalités prévues par l'une ou l'autre. Si l'on transporte le poste d'observation à un instant postérieur à la réalisation de l'acte, il est tentant d'invoquer, pour expliquer la *favor validitatis*, une *volonté implicite*, déduite des «*facta concludentia*», plus

bis inséré par la proposition de Règlement du Conseil modifiant le Règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale COM(2006) 399 final du 17 juillet 2006.

¹¹⁰ V. l'art. 10, 2 et 3 al., de l'EGBGB ainsi que l'art. 37, al. 2, de la LDIP et l'art. 53(4) du Code bulgare.

¹¹¹ En matière de testament: art. 26 de l'EGBGB, art. 93 de la LDIP, art. 1047 du Code burkinabé, art. 68 de la loi roumaine, art. 48 de la loi italienne, art. 3528 du Code civil de Louisiane, art. 50 de la loi coréenne, art. 33, al. 1, de la loi slovène, art. 54 de la loi tunisienne, art. 1224, al. 2, du Code civil russe, art. 30 de la loi du Liechtenstein, art. 83 du projet belge; la source d'inspiration a été au moins pour la plupart de ces solutions celle prévue par la Convention de la Haye de 1961 en matière de forme des dispositions testamentaires; contrats et actes juridiques unilatéraux: art. 9 de la Convention de Rome, art. 3538 du Code civil de Louisiane, art. 3109 du CCQ, art. 11 de la loi italienne, art. 37 de la loi vénézuélienne, art. 13 de la loi slovène, art. 68 de la loi tunisienne, art. 38 du projet de Puerto Rico; contrats de mariage: art. 15 de l'EGBGB, art. 56 de la LDIP; donation: art. 1048 du Code burkinabé, art. 56, al. 3, loi italienne, art. 56 de la loi tunisienne; célébration de mariage: art. 3520 du Code civil de Louisiane, art. 3088 du CCQ, art. 28 de la loi italienne, art. 36 de la loi slovène, art. 46 de la loi tunisienne, art. 36 de la loi coréenne; reconnaissance d'enfant: art. 35, al. 3 de la loi italienne.

¹¹² V. B. ANCEL / Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5 éd., Paris 2006, p. 490: «c'est donc leur volonté qui commandera, dans les limites de l'option, la loi applicable»; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 7e éd., Paris 2004, p. 506, pour qui «[l]a loi locale n'offre aux parties qu'un modèle possible de formes à observer: leur choix peut se porter sur une autre loi»; Y. LOUSSOUARN, «La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé», *AIDI* 1987 t. I, p. 307, qui, à propos du caractère facultatif de la règle *locus regit actum* (p. 306), énonce que «s'agissant d'une règle destinée à garantir la validité de l'acte, elle ouvre aux parties une option entre plusieurs lois»; cf. R. QUADRI, «Sulla legge applicabile alla 'forma' dei negozi giuridici», *Scritti giuridici*, II, Milano, 1974, p. 637 s.; A. BUCHER, «Sur les règles de rattachement...», cit., p. 39.

exactement du fait même de l'initiative prise par l'auteur de l'acte; cette volonté porte, il est vrai, moins sur l'identité de la loi que sur son contenu ou mieux encore sur le résultat de son application, mais cela tient à la singularité des règles régissant les formes, dont les justiciables n'ont en général pas intérêt à fixer à l'avance et explicitement l'applicabilité, mais bien plutôt les utilisent directement en se conformant à ce qu'elles prescrivent.¹¹³ On rencontre un mécanisme analogue dans le domaine des conditions *matérielles* pour l'établissement d'une situation juridique.¹¹⁴ Puisque, le plus souvent, celle-ci se constitue à l'initiative d'une partie, la faveur pour la validité est là aussi une faveur pour la réalisation de la volonté que véhicule son initiative. Nombre de règles énoncent, par exemple, que la reconnaissance d'enfant est valable si elle est faite en conformité d'une loi parmi plusieurs applicables.¹¹⁵ Voilà qui permet à celui qui souhaite reconnaître l'enfant de prendre appui à cet effet sur l'une ou sur l'autre. Il en va de même lorsque la filiation s'établit à l'initiative judiciaire de l'enfant: la loi permettant de donner naissance au lien souhaité par l'enfant est celle qui répond à la volonté que traduit sa démarche.

b. Règles favorisant la protection d'une partie

Si certaines règles protègent la partie qu'elles estiment faible en lui accordant, on l'a vu, une option de législation,¹¹⁶ d'autres, plus nombreuses, y parviennent, dans ces matières et aussi dans d'autres, en désignant la loi la plus favorable à cette même partie sans pour autant lui offrir expressément de choix: il s'agit de l'enfant dans les relations parents-enfants,¹¹⁷ du créancier d'aliment,¹¹⁸ du consom-

¹¹³ Cf. V. HEUZÉ, «La volonté en droit international privé», cit., p. 124, pour qui «la loi qui permet de garantir le respect des effets que les parties ont voulu lui faire produire»; cf. T. BALLARINO, *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, Padova 1970, p. 309-310.

¹¹⁴ Il s'agit surtout de la filiation: en général (v. art. 19 *EGBGB*, art. 3091 du CCQ, art. 52 du Code tunisien, art. 40 de la loi coréenne, art. 15 du projet de Puerto Rico, art. 83 al. 1 et 2 du Code bulgare, art. 1.31 du Code lituanien, art. 16 de la loi turque), légitime (art. 33, al. 2, de la loi italienne, art. 22 de la loi du Liechtenstein, art. 16 du projet de Puerto Rico, art. 28 al. 1 de la loi japonaise), naturelle (art. 311-17 du Code civil français, art. 28 de la loi roumaine, art. 35 al. 1 de la loi italienne, art. 26 de la loi du Liechtenstein, art. 41 de la loi coréenne, art. 83(4) du Code bulgare, art. 29 de loi japonaise), «paternelle» (art. 1031 al. 2 du Code burkinabé) ainsi que de la légitimation (art. 311-16, al. 1, du Code civil français, art. 34 de la loi italienne, art. 23 de la loi du Liechtenstein, art. 42 de la loi coréenne, art. 30 al. 1 de la loi japonaise). Rapp., en matière de conditions pour contracter mariage, l'art. 13 de l'*EGBGB*, l'art. 44, al. 2, LDIP, l'art. 18 de la loi roumaine; pour obtenir le divorce, l'art. 21 de la loi du Liechtenstein, mais en pratique aussi, l'art. 17 de l'*EGBGB*, l'art. 61 de la LDIP, l'art. 31, al. 2, de la loi italienne, l'art. 22 de la loi roumaine; pour conclure un contrat ou un acte juridique unilatéral, l'art. 3539 du Code civil de Louisiane, l'art. 39 du projet de Puerto Rico; pour faire un testament, l'art. 94 de la LDIP, l'art. 29 du projet de Puerto Rico.

¹¹⁵ V. note précédente.

¹¹⁶ C'est le cas des articles 11 et 12 de la nouvelle loi japonaise sur le d.i.p.: v. *supra*, note 88.

¹¹⁷ V. p. ex. l'art. 66 de la loi ukrainienne et l'art. 85 al. 2 du Code bulgare.

mateur,¹¹⁹ du travailleur,¹²⁰ de l'assuré,¹²¹ du réservataire.¹²² Puisque souvent le principe de faveur n'intervient au profit de la loi qu'il désigne que pour déroger à la loi normalement applicable – laquelle l'est d'ailleurs parfois en vertu de l'exercice d'une option de législation, bilatérale celle-là – c'est la partie faible qui, en pratique, en demandera l'application.¹²³ Il reste que la structure de ces règles protectrices est différente de celles qui consacrent une option unilatérale et on peut se demander si une telle différence a une incidence sur le processus de comparaison qu'impliquent les unes et les autres, processus qu'il faut maintenant aborder de front.

1.2. Ressorts du phénomène

Il importe de voir d'abord dans quelle mesure la mise en œuvre des règles que l'on vient de passer en revue, implique effectivement une comparaison des droits et quels en sont les ressorts (1.2.1). Il convient ensuite de préciser à quel stade une telle comparaison intervient (1.2.2).

1.2.1. Comparaison mobilisée par les règles à rattachement substantiel

a. *Nature de l'option de législation: un droit subjectif de liberté*

La plus grande incertitude entoure encore aujourd'hui la question des destinataires des règles de conflit. Des auteurs éminents affirment que c'est au *juge* qu'elles s'adressent et discernent en cela une différence notable les séparant du

¹¹⁸ V. l'art. 311-18 du Code civil français, l'art. 18 de l'EGBGB, l'art. 1041 du Code burkinabé, l'art. 3094 du CCQ, l'art. 51 du Code tunisien, l'art. 163 du Code civil russe, l'art. 46 de la loi coréenne, l'art. 74 du Code belge, l'art. 87 du Code bulgare.

¹¹⁹ V. outre l'art. 5 de la Convention de Rome, l'art. 3117 du CCQ, l'art. 27 de la loi coréenne, l'art. 1212 du Code civil russe, l'art. 42 du projet de Puerto Rico, l'art. 45 de la loi ukrainienne.

¹²⁰ V. outre l'art. 6 de la Convention de Rome, l'art. 3118 du CCQ, l'art. 28 de la loi coréenne, l'art. 41 du projet de Puerto Rico, l'art. 43 de la loi ukrainienne, l'art. 27 de la loi turque.

¹²¹ Art. 43 du projet de Puerto Rico.

¹²² Art. 3099 du CCQ, art. 46 al. 2 de la loi italienne, art. 79 du Code belge, art. 89 al. 5 du Code bulgare. V. ég., en France, le fameux droit de prélèvement prévu à l'art. 2 de la loi du 14 juill. 1819, pour la mise en œuvre duquel «[i]l est en effet requis que la loi successorale étrangère confère à l'héritier français moins de droits dans la succession que ne lui en aurait attribué la loi française», si bien que «[i]l y a (...) lieu de *comparer* les dispositions matérielles de deux lois, la *lex successionis* étrangère et la loi successorale française» (S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales*, Paris 2004, p. 211).

¹²³ On voit d'ailleurs mal comment on peut imposer à celle-ci de profiter des règles les plus protectrices, d'autant que la plus grande protection consiste souvent en ce qu'elles offrent une option (matérielle: on y reviendra) que son titulaire est libre d'exercer ou non, si bien qu'y renoncer, c'est déjà en quelque sorte profiter de la liberté qu'elles lui accordent.

droit matériel.¹²⁴ Or il semble bien que la règle qui ouvre aux justiciables une option de législation ne puisse s'adresser qu'à ceux-ci. Une telle règle, encore que de conflit, confère indiscutablement un *pouvoir*; aussi bien, ses destinataires se doivent-ils de coïncider avec les titulaires du pouvoir qu'elle entend accorder. Voilà qui engage à cerner de plus près la nature de celui-ci. La prudence est de mise car force est de reconnaître que le terrain est fort peu exploré à ce jour.¹²⁵

On est assez tenté de rapprocher un tel pouvoir des pouvoirs juridiques *formateurs* (*gestaltend*), dits aussi pouvoirs *créateurs de normes* ou pouvoirs *normatifs*¹²⁶ car leur exercice entraîne la création, modification ou extinction de normes individuelles ou, en général, de situations juridiques. Lorsqu'ils sont remis à la maîtrise unilatérale d'un sujet à laquelle correspond un lien de sujétion de l'autre, on tend, en droit matériel, à leur reconnaître la dignité de *droits subjectifs* encore que relevant d'un *genus* distinct des droits de créance et réels, qu'on désigne sous le nom de *droits potestatifs* (*Gestaltungsrechte*).¹²⁷ Or que l'on songe aux règles conférant au créancier d'aliments, à la victime, au travailleur, au consommateur, le pouvoir de choisir unilatéralement une loi qui supplanterait celle normalement applicable. Si l'efficacité de l'une ou de l'autre entraîne un aménagement différent

¹²⁴ V. P. MAYER / V. HEUZÉ, cit., p. 167, n° 234: «L'assimilation des règles de conflit aux règles substantielles est trompeuse, car il existe entre elles une différence fondamentale: les règles substantielles de droit privé s'adressent aux individus, tandis que les règles de conflit s'adressent au juge»; en ce sens ég. F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3. éd., Bruxelles 2005.

¹²⁵ A notre connaissance, l'option de législation n'a pas été à ce jour appréhendée réellement en tant que *droit subjectif* et ce malgré le fait qu'au sein de la doctrine allemande, il soit question de *Optionsrecht*, de *Bestimmungsrecht* ou de *Wahlrecht* (rapp., à l'égard de l'option sur le plan du droit matériel, I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris 1967, p. 2, qui constatait que «sauf exception, il est très peu question du droit d'option»; mise en italique en original). Le potentiel subversif d'une telle analyse n'est pas négligeable, car elle impose d'admettre qu'il existe des *droits subjectifs*, distincts de ceux qu'accorde, sur le plan substantiel, la loi désignée, c'est-à-dire des *droits subjectifs de nature conflictuelle*. Une telle percée demeure évidemment inconcevable tant qu'on considère que les règles de conflit s'adressent au juge: v. note précédente.

¹²⁶ V. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, cit., passim; E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris 1985, spéc. p. 140-144; rapp. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris 1952, réimpr. Paris, 2008 [préf. Ch. Atias], p. 21 et 171.

¹²⁷ V. en Italie, déjà G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli 1935, p. 9 et G. MESSINA, «Diritti potestativi», *Nuovo Dig. It.*, t. IV, p. 872 s.; en France, v. I. NAJJAR, *Le droit d'option*, cit., spéc. p. 100 s.; G. MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, «L'évolution récente de la notion de droit subjectif», *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p. 216 s., spéc. F. HAGE-CHAHINE, «Essai d'une nouvelle classification des droits privés», *Rev. trim. dr. civ.* 1982, p. 705 s., spéc. p. 736 s. Sur ce que «l'appartenance du droit potestatif à la catégorie des droits subjectifs ne fait guère de doute», v. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, Aix-en-Provence 1999, p. 45; dans la doctrine de langue allemande, v. récemment R. STEINER, *Das Gestaltungsrecht*, Zürich 1984. Sur ce que «la notion de potestativité continue à bien des égards d'intriguer», v. J. MESTRE, «Préface» à S. VALORY, cit., p. 13.

des droits et obligations des parties – c'est en vue de ces hypothèses qu'un tel pouvoir est accordé –, il semble bien que, tout comme, par exemple, le titulaire d'une option en matière contractuelle, dont la nature de droit subjectif potestatif est largement admise,¹²⁸ le titulaire de l'option (unilatérale) de législation a ici le pouvoir, en l'exerçant, d'empiéter, par une déclaration ou manifestation de volonté unilatérale, sur la sphère juridique de l'autre partie; celle-ci est, inversement, tenue, en vertu d'un lien de sujétion, de subir un tel empiètement.¹²⁹ La ressemblance entre ces deux «options» est à tel point frappante qu'il est permis d'y voir le même type de prérogative.¹³⁰

Quid de l'*electio iuris* bilatérale ? Pour en démêler la nature, il convient, là encore, de s'en rapporter à celle des pouvoirs normatifs accordés sur le plan matériel qu'elle ne fait que prolonger: liberté de conclure ou non un contrat, de convenir ou non d'un régime matrimonial, etc. Voilà, d'après certains auteurs qui en ont approfondi les ressorts, autant de *droits subjectifs*,¹³¹ rangés parfois en tant que

¹²⁸ V. les auteurs cités à la note précédente.

¹²⁹ Sur le lien de sujétion comme caractérisant le droit potestatif, v. G. CHIOVENDA, *Istituzioni*, cit., p. 13, I. NAJJAR, *Le droit d'option*, cit., spéc. p. 100 s. et surtout F. HAGE-CHAHINE, «Essai d'une nouvelle classification», cit., p. 736 qui le définit comme «lien en vertu duquel une personne est tenue de subir l'empiètement d'une autre personne sur sa sphère juridique sans qu'on lui assigne la moindre tâche à accomplir»; une telle définition est reprise par S. VALORY, *La potestativité*, cit., p. 44 qui explore l'apport, qualifié d'«incontestable», du concept de sujétion pour la classification des droits subjectifs (v. p. 239 s.).

¹³⁰ C'est d'ailleurs ce à quoi aboutit la doctrine allemande qui, tenant pour acquise l'option de législation qui nourrit un droit subjectif (*Optionsrecht*), tend à la classer parmi les *Gestaltungsrechte*: en ce sens, notamment, par référence au *Bestimmungsrecht* de la victime en vertu de l'art. 40 al. 1 *EGBGB*, K. KREUZER, «Die Vollendung der Kodifikation des deutschen Internationalen Privatrechts (...)\», *RabelsZ* 2001, p. 383; H. DÖRNER, «Alte und neue Probleme des internationalen Deliktsrechts», *Festschrift H. Stoll*, Tübingen 2001, p. 491 s., p. 494; B. v. HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, 6. Aufl., 1999, § 11, n° 25; R. FREITAG / S. LEIBLE, «Das Bestimmungsrecht des Art. 40 Abs. 1 *EGBGB* im Gefüge der Parteiautonomie im Internationalen Deliktsrecht», *ZvglRWiss.* 2000, 101 s.; J. VON HEIN, «Günstigkeitprinzip oder Rosinentheorie?», *NJW* 1999, p. 3175; A. STAUDINGER, «Das Gesetz zum Internationalen Privatrecht...», *DB* 1999, p. 1589 s., p. 1590.

¹³¹ Et non des moindres: v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 171: l'auteur classe «la liberté de passer ou non un contrat, de reconnaître ou non un enfant naturel, de disposer ou non de ses biens par testaments, (...) ou encore les *droits d'option*, tels (...) les options en matière contractuelle (vente, louage)» parmi les droits subjectifs d'un type qu'il décrit comme suit: «il s'agit d'un droit *spécifique* de liberté, où, à propos d'une matière donnée, c'est la liberté du sujet qui fait l'objet propre du droit: le sujet est en l'espèce reconnu maître de sa décision ou de son option. Cette maîtrise de la décision ou de l'option est l'intérêt d'appartenance immédiatement garanti (...)\». Sur ce le «droit de contracter» est un «droit subjectif privé», v. O. IONESCU, *La notion de droits subjectif dans le droit privé*, 2 éd., préf. G. RIPERT, Bruxelles 1978, p. 153. Sur ce que la liberté de tester ou de ne pas tester, la liberté de contracter ou de ne pas contracter, etc. sont des *droits privés*, droit à réalisation immédiate ou à «contenu fort», v. F. HAGE-CHAHINE, «Essai d'une nouvelle classification», cit., p. 719, 721, 722 s. On sait que pour H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin (etc.) 1925, p. 151; «Aperçu d'une théorie générale de l'Etat», trad. fr. CH. EISENMANN, *R.D.P.* 1926, p. 561,

droits de liberté dans la même catégorie dont relèvent les droits potestatifs: ni droits de créance, ni droits réels mais bien plutôt droits de créer ou modifier ou éteindre des situations juridiques.¹³² Or il semble bien que le pouvoir de conclure un contrat ou un contrat de mariage *selon tel droit ou tel droit*, participe de la même nature de *droit subjectif de liberté* ou – comme on l’a aussi qualifié – de *création*.¹³³

Il est par conséquent permis, semble-t-il, de parler, dans un cas comme dans l’autre, d’un «droit subjectif d’option de législation». Certes le plan est ici *conflictuel*; mais cela a moins d’incidence sur la nature du droit que sur son contenu, vers lequel il convient de diriger l’attention.

b. *Contenu de l’option: droit de comparer et d’exploiter la diversité des droits*

Pour bien le cerner, il faut saisir, dans toute sa complexité, ce qu’il est tentant d’appeler le «projet» structuré sous-jacent à de telles normes. Celles-ci supposent d’abord l’existence entre les lois éligibles, de disparités susceptibles de rendre sensé l’octroi du choix entre elles et fructueux son exercice par les titulaires. Elles postulent, ensuite, la possibilité pour ceux-ci d’en prévoir l’applicabilité et, notamment, de prendre conscience du pouvoir qu’elles leur accordent: on ne peut exercer un pouvoir tant que l’on ignore qu’il existe.¹³⁴ Elles s’attendent enfin qu’ils puissent en user en connaissance de cause, c’est-à-dire qu’ils soient en mesure de se procurer la connaissance de la teneur des lois éligibles, d’effectuer la comparaison entre elles, d’apprécier les différences supposées existantes et d’en tirer profit dans leur vie juridique. S’il en est ainsi, le droit subjectif que recouvre l’option entre plusieurs droits objectifs, comporte, au profit de son titulaire, le droit de comparer et d’exploiter la comparaison, c’est-à-dire d’exploiter les *diversités* constatées. La

p. 575, 598, 599, 605 s.; *Reine Rechtslehre*, Leipzig, Wien, 1934, p. 48 s., le terme droit subjectif «au sens technique du mot» [ce qu’il appelle *Berechtigung*] doit être cantonné au pouvoir de l’individu de créer des normes individuelles par des déclarations de volonté [c’est la «Beteiligung des Normunterworfenen an der Rechtserzeugung»: *RR1*, p. 50]; v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 16-17 et 21; cf. S. HAMMER, «Braucht die Rechtstheorie einen Begriff vom subjektiven Recht? Zur objektivistischen Auflösung des subjektiven Rechts bei Kelsen», in: S.L. PAULSON et M. STOLLEIS (Hrsg.), *Hans Kelsen*, Tübingen 2005, p. 176 s.

¹³² Le pouvoir d’un sujet de créer des normes juridiques réglant la conduite d’un autre sujet (tels les droits potestatifs) et le pouvoir de deux sujets de créer ensemble des normes juridiques réglant leur propre conduite (telle la liberté contractuelle), sont accordés, peut-on affirmer à la suite de G. TUSSEAU, *Les normes d’habilitation*, cit., par des *normes d’habilitation* de type, respectivement, *hétéronome* et *autonome* (p. 339-340), où l’acteur habilité est, respectivement, un seul individu ou «plusieurs entités ayant une individualité juridique propre» (v. p. 323-324).

¹³³ Pour l’expression «droit subjectif de création», v. J. DABIN, *Le droit subjectif*, cit., p. 21 («Qui dit création de norme, dit (...) *droit subjectif de création*...»; mise en italique en original).

¹³⁴ Cf. F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, éd. par G. Astuti, Milan 1968, p. 50; rapp. B. ANCEL, «Le principe de bonne foi et les conflits de lois», *Homenaje J. González Campos*, cit., p. 1217 s., spéc. p. 1230.

sélection, à l'intérieur de l'éventail préétabli des droits objets possibles de comparaison, de ceux qu'il souhaite consulter effectivement, la détermination des *tertia comparationis*, l'établissement du bilan de la comparaison et la prise de décision quant à son traitement sont remis au titulaire de l'option.¹³⁵

De là à soutenir que le législateur qui l'ouvre *encourage* – à l'intérieur des limites qu'il lui fixe¹³⁶ – l'exercice de l'option et par conséquent, qu'il incite les justiciables,

¹³⁵ Un parallèle avec les droits subjectifs recouvrant un pouvoir normatif sur le plan matériel du type que l'on a évoqué paraît éclairant. Qu'un tel pouvoir s'exerce par un acte unilatéral (option contractuelle, testament) ou bilatéral (contrat, contrat de mariage), il est attribué aux justiciables pour qu'à l'intérieur des limites dont il est assorti, ceux-ci l'exercent de la façon qu'ils jugent la plus conforme à leurs intérêts, plus exactement, pour qu'ils se déterminent, à la suite, entre autres, d'une *comparaison* des conséquences juridiques, c'est-à-dire à la suite d'une *comparaison des faisceaux de droits subjectifs et autres avantages et des obligations et autres charges* (ou des non-droits et non-obligations) qui découlent dans leur sphère juridique selon qu'ils exercent ou qu'ils s'abstiennent d'exercer ce pouvoir ou, le cas échéant, selon qu'ils l'exercent de telle ou telle façon (cf. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, London (etc.) 1975, spéc. p. 25 s. v. ég. «Reasons for Action, Decisions and Norms», in: J. RAZ (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford 1978, p. 128 s., p. 128-130). Lorsqu'un tel pouvoir consiste en l'option entre plusieurs *législations*, il est assez naturel de penser que celui qui l'accorde s'attend à ce que son exercice puisse être, entre autres en tout cas, déterminé là aussi par une comparaison des droits subjectifs et obligations, c'est-à-dire par la *comparaison des droits objectifs* qui les consacrent. D'après l'expérience de l'ISDC, c'est ce qui se passe de plus en plus fréquemment en pratique. V. en ce sens F. SOIRAT, *Les règles de conflit à caractère substantiel*, cit., p. 190 («Unilatérale ou conjointe, l'élection de droit est irréductiblement influencée par les intérêts matériels de l'électorat», alors que le centre de gravité du rapport de droit, la 'vocation' respective des lois en concours lui sont indifférents, sinon étrangers»); H. GAUDEMET-TALLON, «L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel», cit., p. 183 («Dès lors que les parties choisissent, elles le font *en fonction de leurs intérêts* et dans cette mesure la règle de conflit a un caractère substantiel»); D. BUREAU, «L'influence de la volonté individuelle», p. 285 s. («Tout porte d'ailleurs à croire qu'en réalité les parties ne chercheront pas la loi la plus proche (...) mais la loi qui leur convient le mieux»); v. ég. S. LEIBLE, «Parteiautonomie im IPR», cit., p. 487; F. SBORDONE, *La «scelta di legge» applicabile al contratto*, cit., p. 207; TH. VIGNAL, *Le rôle de la volonté*, cit., n° 477. A l'égard de la *professio iuris* successorale, v. M. GORÉ, «De la mode'... dans les successions internationales», cit., p. 197 («L'efficacité de la volonté n'est totale qu'une fois *comparées* les dispositions substantielles de la loi désignée et celle de la loi objectivement déterminée»); A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. II, p. 308 («[pour le disposant,] le contenu matériel plus avantageux de son droit national est l'élément déterminant»); A. von OVERBECK, «Les régimes matrimoniaux et les successions dans le nouveau droit international privé suisse», in: F. DESSEMONTET (ed.), *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne 1988, p. 59 s., p. 73 («Le testateur choisira bien sûr selon la raison, et non selon le cœur: il ne désignera pas la loi à laquelle il se sent le plus attaché, mais celle qui répond le mieux à ses intentions»); S. BILLARANT, *Le caractère substantiel*, cit., p. 347 («Il s'agit de permettre au testateur de désigner la loi successorale qui, en considération de sa substance, répond le mieux à ses intentions et ses attentes légitimes»).

¹³⁶ Il n'est certes pas rare que, le mouvement étant assez récent, ces limites (qu'il est possible de faire valoir par les outils habituels qu'offrent notamment l'ordre public et les lois de police) restent à préciser. On ne s'en occupera pas ici.

dans le respect de ces limites, à la *pratique de la comparaison*, érigée en ressource pour eux,¹³⁷ il n'y a qu'un pas.¹³⁸ Pas que l'on serait assez tenté de franchir si l'on s'en tient à l'idée féconde de la *fonction facilitatrice* ou *promotionnelle* du droit privé, d'après laquelle celui-ci souhaite d'abord promouvoir l'épanouissement des individus en mettant à leur disposition les instruments à cet effet que sont les pouvoirs normatifs que l'on a évoqués, parmi lesquels il faut ranger, nous semble-t-il, les options de type conflictuel dont il est question.¹³⁹

La réalité du phénomène qu'on pourrait appeler la promotion de la comparaison des droits opérée par les justiciables¹⁴⁰ est en tout cas assez peu contestable lorsque le droit d'option est de type unilatéral et accordé à la partie jugée digne de protection – victime, travailleur, consommateur, créancier d'aliments, enfant. Il est peu douteux que l'auteur de la règle de conflit souhaite ici pousser le titulaire de l'option à mettre en perspective les droits retenus afin qu'il sélectionne celui qu'il juge meilleur pour lui. A ce droit d'exploiter la comparaison correspond la *sujétion*, le devoir de «laisser faire»,¹⁴¹ de l'autre partie, laquelle est tenue de subir, en même temps que l'exercice du choix, la pratique de la comparaison qui est censée l'inspirer. Il y a donc bien, ici, un *sujet actif* et un *sujet passif* de ce droit de tirer profit de la comparaison des droits sur lequel il nous a paru intéressant d'attirer l'attention.

c. *Du droit de comparer au droit à la comparaison*

Le désir que ceux à qui il accorde le bénéfice de la comparaison en profitent pleinement, est parfois ressenti par le législateur comme à tel point impérieux, qu'il

¹³⁷ Sur ce que les normes d'habilitation, catégorie à laquelle appartiennent les règles de conflit en question, sont des «ressources pour les acteurs habilités», v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, cit., p. 482 s.

¹³⁸ V. p. ex. V. HEUZÉ, «La volonté en droit international privé», cit., p. 123: «De même, autoriser le de cuius à choisir la loi successorale, c'est évidemment l'engager à comparer la teneur des droits en présence et à retenir celui qui conduit à la répartition de ses biens la plus conforme à ses désirs»; rappr. J. VANDERLINDEN, «Autour et alentour d'une génération de comparatistes belges», in: *L'avenir du droit comparé*, cit., p. 65: «la comparaison 'utilitaire' des droits s'impose sans échappatoire possible».

¹³⁹ V. p. ex. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, 2 éd., tr. M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles 2005, p. 48 s. Sur la théorie hartienne des règles conférant des pouvoirs, v. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, cit., p. 207 s. Sur la «fonction promotionnelle» du droit, v. N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit* (tr. par M. GUÉRET, préf. de R. GUASTINI), Bruylant/Paris 1998, chapitre 4, p. 65 s., dont il observe qu'elle est «peu étudié[e] par la théorie générale du droit» [p. 65], dominée encore par la «conception répressive», pour laquelle le droit est un «ordre de contrainte» [p. 69]. Sur la «función facilitadora del derecho privado», v. F.J. GARCIMARTÍN, «La racionalidad económica del derecho internacional privado», *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz*, 2001, p. 123.

¹⁴⁰ Rappr., en droit matériel, le constat de la «promotion contemporaine de la potestativité», à laquelle S. VALORY, *La potestativité*, cit., consacre la première partie de sa thèse.

¹⁴¹ C'est là, selon la formule de F. HAGE-CHAHINE, «Essai de classification», cit., p. 736, le propre du lien de sujétion; v. ég. *supra*, note 128.

préfère leur soustraire la *liberté* de la pratiquer eux-mêmes, liberté qui implique – c'est là la singularité de l'option – celle de *ne pas* la pratiquer du tout ou de la pratiquer de façon objectivement suboptimale.¹⁴² On sait que c'est contre elle-même que la volonté a parfois besoin d'être protégée.¹⁴³ On s'explique dès lors qu'au lieu d'en faire l'objet d'une faculté, certaines règles de conflit ordonnent la comparaison purement et simplement. La flexibilité, et aussi la part de subjectivité, que l'option confère au processus de comparaison, s'en trouvent, par conséquent, supprimées par la maîtrise que l'auteur de la règle y conserve pour lui-même, sans plus la déléguer. Ce qu'on pourrait appeler la «recette» ou «procédé» de la comparaison¹⁴⁴ est en effet mise au point par lui dans son intégralité: la comparaison *doit* avoir lieu; elle doit avoir pour objet *toutes* les lois retenues; le *tertium comparationis* est rigoureusement fixé. Voilà qui entraîne une «objectivisation» du bilan de la comparaison et, surtout, de son traitement, car la désignation par laquelle se solde le processus portera nécessairement sur la loi qui favorise de façon objective l'individu protégé.

Le *droit* – inhérent au droit d'option de législation – «*de*» *comparer les droits* et d'exploiter les diversités constatées entre eux, laisse ici la place à ce en quoi on est assez tenté de voir un *droit* «*à*» *la comparaison des droits*. Il s'agirait d'un droit subjectif à réalisation médiata et non plus immédiate,¹⁴⁵ susceptible – on y reviendra – d'être invoqué devant les autorités chargées de sa mise en œuvre contentieuse, en ce sens qu'elles doivent au besoin effectuer elles-mêmes la comparaison pour en garantir l'effectivité.¹⁴⁶ Droit au *contenu*, il faut bien l'admettre, assez singulier: un droit subjectif à ce que les droits subjectifs et autres prérogatives revenant à son titulaire soient ceux qui découlent de la loi dont une comparaison des lois retenues aura révélée qu'elle en accorde de plus amples; un droit subjectif *aux* droits subjectifs, donc un *Recht auf Rechte*, à classer donc parmi les droits ayant pour *objet* une situation juridique.¹⁴⁷ Droit subjectif donc *distinct* des droits subjectifs matériels qu'il a pour objet; droit *indirect*, tout comme l'est, on le sait, le droit objectif – le droit de conflit – qui le confère. Il semble bien qu'à un tel droit ne corresponde plus une simple *sujétion* du sujet passif à l'exercice de l'op-

¹⁴² Cf. I. NAJJAR, *Le droit d'option*, cit., p. 271.

¹⁴³ En ce sens V. HEUZÉ, «La volonté en droit international privé», cit., p. 125.

¹⁴⁴ Ce sont là les termes employés par PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris 1958, à l'égard de la règle de conflit classique.

¹⁴⁵ Selon la distinction proposée par F. HAGE-CHAHINE, «Essai de classification», cit., jugée «à la fois séduisante et convaincante» par S. VALORY, *La potestativité*, cit., p. 243 [d'«une utilité pratique indéniable», d'après J. GHESTIN / G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3e éd., Paris 1990, p. 221-1].

¹⁴⁶ V. *infra*, Partie II.1.2.2.b).

¹⁴⁷ En ce sens, pour les droits potestatifs, v. L. BOYER, «Les promesses sinallagmatiques de vente», *Rev. trim. dr. civ.* 1949.1, n° 27; S. VALORY, *La potestativité*, cit., p. 240. Pour cet auteur, la «catégorie regroupant les droits portant sur une situation juridique» forme une nouvelle catégorie de droits.

tion par le titulaire de celle-ci, mais bien une *obligation* proprement dite, encore qu'indirecte, ayant pour objet, elle aussi, une situation juridique: l'obligation de faire face aux obligations et autres charges qu'impose la loi dont une comparaison des lois retenues aura montré qu'elle en prévoit, pour le sujet passif, de plus sévères. Que si une telle construction peut paraître inutilement complexe, il semble en tout cas certain que la comparaison fait, pour le sujet passif, l'objet d'un *devoir*, inhérent au devoir qui découle du principe général «nul n'est censé ignorer la loi». L'aménagement de ce principe est d'ailleurs ici tout à fait intrigant, car il implique, à la charge du sujet passif, le devoir «structuré» de *connaître* les deux ou plusieurs lois retenues par la règle de conflit, de les *comparer* et de tirer des diversités constatées la conclusion qu'impose, en termes de norme de conduite, la «recette» établie par l'auteur de la règle. C'est ce qui nous conduit à nous intéresser au stade auquel la comparaison intervient.

1.2.2. Stade auquel la comparaison intervient

a. *Comparaison pré- et extrajudiciaire*

A l'instar de toute règle générale et abstraite, les règles de conflit dont il est question, aspirent à ce que le contenu de la norme de conduite découlant de leur mise en œuvre soit, pour les justiciables, aussi souvent que possible suffisamment prévisible, de telle sorte que le procès y afférant puisse demeurer «à l'état latent ou virtuel».¹⁴⁸ Dans la mesure où, en vertu de telles règles, la conduite escomptée des justiciables est déterminée à la suite d'une comparaison des droits, c'est bien que celle-ci se doit, d'avoir lieu autant que possible avant un procès et indépendamment de celui-ci. Une telle réalité est particulièrement manifeste s'agissant des règles ouvrant une option bilatérale de législation, car ce sont évidemment les titulaires qui comparent, et non le juge, et ceci à un stade préjudiciaire et souvent antérieur à la naissance même de la situation juridique – contrat, régime matrimonial – qui les implique. Il en va de même de l'option de législation unilatérale. La matière successorale offre l'exemple peut-être le plus démonstratif car la comparaison ne peut être ici que l'œuvre de la seule personne, le *de cuius*, dont on peut tenir pour certain qu'elle ne sera pas partie au procès qui portera le cas échéant sur sa succession. Encore, la règle offrant au créancier d'aliments le choix entre plusieurs droits encourage celui-ci à réclamer la pension extrajudiciairement, tout d'abord, sur le fondement de la loi qu'une mise en perspective aura révélée comme plus généreuse. Le débiteur n'aura le plus souvent pas intérêt à s'opposer – en provoquant un procès – aux prétentions régulièrement avancées d'après la loi choisie.¹⁴⁹

¹⁴⁸ L'expression est de P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, 2 éd., Paris 1951, réimpr. Paris 2005, p. 32; nous y avons discerné la formule emblématique de la sécurité juridique: G.P. ROMANO, «Le principe de sécurité juridique», cit., p. 174.

¹⁴⁹ En ce sens, en matière d'option délictuelle, H. DÖRNER, «Alte und neue Probleme», cit., p. 494; en matière de contrats de consommation et de travail, v. Y. OKUDA, «Aspects de la

A l'encontre de ce qu'on pourrait croire de prime abord, les règles de conflit protectrices ordonnant la comparaison devraient pouvoir, selon le vœu de leur auteur, le plus souvent être, elles aussi, mises en œuvre spontanément. Ce n'est pas parce que la comparaison n'est plus remise à l'option du bénéficiaire – par exemple, de nouveau, du créancier d'aliments – que celui-ci s'abstiendra de l'effectuer lui-même afin de revendiquer d'abord extrajudiciairement ce qui lui est dû d'après la loi qui lui accorde de plus amples droits. Avant que la prétention ne soit dirigée contre lui, le débiteur d'aliments devra lui aussi procéder à la comparaison s'il souhaite connaître l'étendue de l'obligation à laquelle il est tenu. La règle assurant à l'employé la protection de la loi du lieu d'accomplissement du travail suppose d'abord qu'il puisse lui-même confronter l'intensité de la protection accordée par les droits objet de comparaison et qu'il réclame ensuite, au cours du rapport contractuel, le respect par l'employeur de la loi la plus protectrice.

Il paraît donc possible de conclure que, dès lors que le résultat du procédé de comparaison est raisonnablement prévisible quant à l'identification de la loi la plus favorable, le procès peut préserver sa consistance «latente ou virtuelle», marque de la sécurité juridique. Si elle a, dans de tels cas, lieu pré- et extrajudiciairement, la comparaison n'en est pas moins décisive car c'est bien d'elle que découle la norme de conduite finalement prescrite aux sujets impliqués.¹⁵⁰

b. Comparaison judiciaire

La comparaison dont il est question peut, cependant, ne pas toujours aboutir à un résultat raisonnablement prévisible. C'est d'abord le cas lorsque l'un des droits à comparer revêt un contenu objectivement incertain au sens précisé plus haut;¹⁵¹ la

réforme», cit., p. 907, qui souligne que la «déclaration» prévue par les art. 11 et 12 de la loi japonaise de d.i.p. (v. *supra*, note 88) peut avoir lieu dans une procédure extrajudiciaire.

¹⁵⁰ Sur ce qu'en matière de comparaison des droits, «komplizierte Konstellationen» sont l'exception, v., pour les contrats de consommation, S. KLAUER, *Das europäische Kollisionsrecht der Verbraucherverträge zwischen Römer-EVÜ und EG-Richtlinien*, Tübingen 2002, p. 224 et 226 et, pour les contrats de travail, G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, 1993, p. 42. Sur ce que, dans la majorité des affaires allemandes qui ont mis en cause une telle règle de conflit protectrice, il était peu douteux que la loi de la résidence habituelle du consommateur était plus favorable, raison pour laquelle le bilan de la comparaison n'était pas contesté, v. D. MARTINY in *Münchener Kommentar*, Band 10, EGBGB, 4. Aufl., München 2005, ad art. 29, n° 60, p. 1920 et les décisions in J. BASEDOW, *Festschrift E. Jayme*, München 2004, B. I, p. 15 s. Pour le même constat en France, v. F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. (Ch. soc.), 12 nov. 2002, *Rev. crit.* 2003, p. 450 s., p. 456 «Rares sont les décisions qui préconisent une méthode de comparaison. Il est vrai que souvent la question est éludée en raison de l'évidence de la réponse»: et l'auteur de citer, en matière de protection contre le licenciement, Grenoble 24 févr. 1997, *RJS* 1998, n° 426; CA Metz 15 oct. 1997, *RJS* 1998, n° 1429, Paris 6 oct. 1999, *RJS* 2000, n° 382 et Douai, 13 avr. 2001, *RJS* 2001, où une loi ne prévoyait pas de protection particulière et une autre, notamment la loi française, l'organisait de manière complète.

¹⁵¹ V. *supra*, Partie I, 2.2.1.a).

comparaison des conséquences qui découlent de l'applicabilité de l'un ou de l'autre en est rendue impossible. Lorsqu'ils sont titulaires d'un simple *droit de comparer*, les justiciables sont tenus de supporter toute incertitude s'élevant au cours de la comparaison: *cujus commoda*. Libres à eux de ne pas choisir la loi à la teneur incertaine.¹⁵² S'ils la désignent tout de même, à défaut d'accepter un règlement non-juridictionnel de l'incertitude, il ne leur restera, pour l'éliminer, que de saisir un juge. Celui-ci ne procédera cependant pas à une comparaison, mais à une simple application de la loi choisie.

Il en va différemment – on y a déjà fait allusion – lorsque l'on est en présence de ce qu'on a qualifié de *droit à la comparaison*. Il semble bien qu'en tous les cas d'impossibilité objective pour eux de connaître la teneur des lois retenues ou de déterminer la plus favorable, le sujet actif du droit à la comparaison, mais aussi le sujet passif, puisse demander au juge de l'effectuer.¹⁵³ L'incertitude ici envisagée peut aussi découler de ce que, les droits objet de comparaison étant raisonnablement clairs quant à leur teneur, le bilan en termes de plus grande ou moins grande faveur ne l'est pas, notamment parce que l'on ignore comment les comparer,¹⁵⁴ c'est-à-dire la «méthode de comparaison»:¹⁵⁵ celle-ci doit-elle porter, par exemple, sur chacune des questions spécifiques qui se posent en l'espèce – ce qu'on pourrait appeler, selon le langage des comparatistes, une «micro-comparaison»¹⁵⁶ –

¹⁵² Et c'est d'ailleurs ce qu'ils font souvent s'agissant, notamment, de contrats internationaux. Le choix d'une loi plus libérale, anglosaxonne notamment, se justifie aussi en raison de la sécurité qu'il dispense aux contractants, car cette loi entérinera le plus fidèlement le règlement qu'ils établiront. Il n'est, en revanche, pas rare que la nature supplétive ou impérative d'une règle contractuelle, du droit français ou italien par exemple, prête à controverse (v. p. ex. C. PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, Paris 2004).

¹⁵³ En ce sens, v. Cass (Ch. soc.), 20 oct. 2004, citée par F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail», *Rev. crit.* 2004, p. 253 s., p. 282-283 (qui l'approuve); v. déjà H. MUIR WATT, note sous Cass. arrêt *Mjorndal* du 29 mai 1991, *Rev. crit.* 1992, p. 469, p. 475 (qui préconise le «devoir [pour le juge] d'effectuer de son propre mouvement la comparaison requise par la règle de conflit en cas de silence du salarié»); G. LHUILLIER, *Clunet* 1999, p. 772; v. en Allemagne, U. MAGNUS, in *Staudinger Kommentar*, Bearb. 2002, ad Art 29 EGBGB, n° 110, p. 333-334; ad Art. 30 EGBGB, n° 91, p. 383; D. MARTINY, in *Münchener Kommentar*, cit., Art. 30, n° 26. C'est d'ailleurs la consigne qui, d'après F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge», cit., p. 284, se dégage de l'arrêt de la CJCE du 27 juin 2000 dans l'affaire *Oceano* (*JCP* 2001.10153, note CARBALLO-FIDALGO et PAISANT; *Rev. tr. dr. civ.* 2000 p. 939, obs. RAYNARD, *Rev. tr. dr. civ.* 2001, p. 878, obs. MESTRE).

¹⁵⁴ «Streitig ist (...) wie der Vergleich durchzuführen ist»: v. U. MAGNUS, *Staudinger Kommentar*, cit., n° 84, p. 381; v. F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge», p. 279 («Le caractère combinatoire de la règle de conflit implique une comparaison dont les termes sont imprécis»).

¹⁵⁵ Pour cette formule, v. F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge», cit., p. 284, n° 43 et note sous Cass. (Ch. soc.), 12 nov. 2002, cit., p. 456; v. ég. U. MAGNUS, in *Staudinger Kommentar*, cit., p. 382, n° 85 («Vergleichsmethode»).

¹⁵⁶ V. pour cette théorie, minoritaire, en matière de contrat de travail, CH. VON BAR, *Internationales Privatrecht*, vol. II, 2003, n° 449; E. LORENZ, *RIW* 1987, p. 577; K. SCHURIG, «Zwingendes Recht, 'Eingriffsnormen' und neues IPR», *RabelsZ* 1990, p. 217, p. 220; v. pour la crainte qu'une telle méthode ne conduise à une protection cumulative excessive, c'est-à-dire à la

ou bien sur la totalité des questions en discussion (*Gruppenvergleich*),¹⁵⁷ ou bien encore sur l'institution en cause dans sa globalité, y compris sur celles des règles qui la définissent qui ne sont pas directement mises en jeu *in concreto* (*Gesamtvergleich*)?¹⁵⁸ Force est d'admettre que la règle législative est, pour l'instant, pratiquement toujours assez silencieuse à cet égard. Dans la mesure où une jurisprudence claire et contraignante fait encore défaut, les intéressés sont confrontés à une incertitude objective du droit. Saisi pour la dissiper, le juge définira alors, par une norme individuelle d'abord, plus ou moins explicitement, les critères de comparaison qu'il utilisera.¹⁵⁹ Dès lors que ceux-ci sont appelés à valoir aussi pour l'avenir, on aura assisté à la création jurisprudentielle du droit régissant ce qu'on a qualifié plus haut de procédé ou recette de la comparaison. Ce point de droit étant devenu suffisamment certain, toute autre espèce le mettant en cause pourra dorénavant bénéficier d'un règlement prévisible à l'avance et la comparaison qu'il suppose être, de ce chef, effectuée extrajudiciairement par les justiciables impliqués.¹⁶⁰

Il est en revanche une comparaison qui, pour apporter ses fruits, postule *systématiquement* une judiciarisation encore qu'elle ne soit paradoxalement pas pratiquée par les juges: celle qu'ouvre l'option de for.

c. Comparaison entraînée par le choix de for

Le constat a été fait à maintes reprises que la comparaison fournit aux justiciables un outil pour tirer au mieux profit du *forum shopping*,¹⁶¹ c'est-à-dire pour exploiter, grâce à la saisine d'un des fors qui leur sont alternativement ouverts, les différences séparant les droits non seulement matériels, mais aussi procéduraux et, en général, les systèmes d'administration de la justice.¹⁶² S'il est peu douteux que le

Rosinentheorie, décrite au demeurant par les auteurs allemands eux-mêmes, v. F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge», cit., p. 284, n° 43 et note sous Cass. (Ch. soc.), 12 nov. 2002, cit., p. 459; rapp. déjà P. LAGARDE, «Sur le contrat de travail international: analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée», *Etudes G. Lyon-Caen*, Paris 1989, p. 83.

¹⁵⁷ V. p. ex. pour les contrats de travail, D. MARTINY, in *Münchener Kommentar*, cit., ad Art. 30, n° 25; U. MAGNUS, *Staudinger Kommentar*, cit., p. 381, n° 84; cf. pour les contrats de consommation, H. KOCH, «Rechtsvergleichung im IPR», cit., p. 632; G. MÄSCH, *Rechtswahlfreiheit*, cit., p. 39, M. SCHWIMANN, «Verbraucherverträge im österreichischen IPR», *IPRax* 1989, p. 317, p. 319; cf. S. KLAUER, *Das europäische Kollisionsrecht*, cit., p. 16.

¹⁵⁸ Ou «comparaison globale», qui tend à être exclue: v. littérature citée in U. MAGNUS, *Staudinger Kommentar*, cit., n° 86, p. 382 et n° 108, p. 333; v. en France, F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge», cit., p. 280.

¹⁵⁹ Pour les règles communautaires, il pourra évidemment s'agir du juge européen (cf. F. JAULT-SESEKE, «L'office du juge», cit., p. 284-285).

¹⁶⁰ G.P. ROMANO, «Le principe de sécurité juridique», cit.

¹⁶¹ V. pour tous H. BATIFFOL, «Les apports...», cit., p. 116-117.

¹⁶² V. entre autres, A. BELL, *Forum shopping in transnational litigation*, Oxford 2003; P. DE VAREILLES SOMMIÈRES (ed.), *Forum Shopping in the European Judicial Area*, Oxford and Portland, 2007.

choix du for puisse être déterminé par une telle comparaison, il n'en demeure pas moins que ce n'est pas là, loin s'en faut, le projet des règles qui accordent une telle option, règles qui, faut-il le rappeler, ne relèvent pas du conflit de lois, mais du *conflit de juridiction*. Dans la mesure où elles ouvrent plusieurs fors, c'est qu'elles entendent encourager la saisine du for le plus proche de la situation concrète ou bien du for le plus confortable pour le demandeur, mais non point du plus favorable pour celui-ci du point de vue du droit matériel qui s'y appliquera. De telles règles supposent, pour bien fonctionner, que la substance de la relation ne varie pas en fonction du for saisi. Plus grande est la fécondité revenant à la comparaison dans chaque espèce concrète, plus profond est le défaut de réalisation du projet évoqué. Ce défaut entraîne le risque d'un détournement de l'esprit de ces règles; les tentatives se multiplient pour l'endiguer, notamment par recours à la notion d'*abus* de droit; il s'agirait alors, dans cet ordre d'idées, de barrer la route à ce qu'on pourrait qualifier de comparaison abusive des droits.

Et de fait, il n'est plus question ici d'une comparaison des droits sciemment et délibérément mise à disposition, encouragée voire commandée par une règle de droit positif, c'est-à-dire par une intelligence normative, unitaire et cohérente. Il ne s'agit pas, à bien considérer les choses, d'un choix de *droits*, c'est-à-dire d'un choix qui peut, on l'a vu, être effectué pré- et extrajudiciairement, sur le plan juridique mais non judiciaire, matériel et non procédural, par des parties et non des plaideurs. Le choix a pour objet ici d'abord le *for*; le choix de droit se dissimule derrière celui-ci, si bien qu'il n'est concevable qu'aussi longtemps qu'un contentieux *effectif* est engagé. C'est là une comparaison qui n'est pas *juridique* en ce sens qu'elle n'est ni voulue ni régie par le droit d'aucun pays, ni d'ailleurs *judiciaire* en ce sens qu'elle n'est pas effectuée par un juge lors d'un procès, encore qu'elle le suppose. Une comparaison donc qui s'insinue subrepticement entre les interstices, les «poches» de non-droit ou plutôt d'«anti-droit» que laissent subsister les défauts de coordination des systèmes en présence.¹⁶³

Indéniablement récurrente parce qu'efficace,¹⁶⁴ une telle comparaison s'écarte donc à tel point de celle dont il a été question jusque-là qu'on peut la retrancher sans réserve de notre champ d'observation. Il est grand temps, en revanche, de mettre la comparaison que déclenchent les règles de conflit que l'on vient d'examiner en regard des types de comparatisme actif évoqués dans la première partie de l'étude.

¹⁶³ V. G.P. ROMANO, *L'unilateralismo nel diritto internazionale privato moderno*, thèse Univ. Paris II – Padoue 2005, vol. II, p. 574 s. et littérature citée.

¹⁶⁴ Y compris d'après l'expérience de l'Institut suisse de droit comparé.

2. Comparaison des comparaisons

On érigeria en *tertium comparationis*, d'abord, la nature du processus juridique pendant lequel interviennent les deux comparaisons à comparer (2.1), ensuite, l'identité des auteurs et bénéficiaires de l'une et de l'autre (2.2).

2.1. Elaboration vs mise en œuvre du droit

La comparaison, législative et judiciaire, du type que l'on a vu dans la première partie, se situe en amont de la règle juridique qui en est le fruit. Elle s'inscrit essentiellement, a-t-on dit, dans le cadre de l'*élaboration du droit*, d'origine, respectivement, législative et jurisprudentielle. Mobilisée au-delà de cette phase, c'est-à-dire lors de l'*application du droit* – d'une règle supposée à tel point claire qu'elle ne nécessite pas de supplément d'activité créatrice par le juge –, la comparaison risque de porter atteinte à la prévisibilité et à la sécurité juridique que le droit, une fois élaboré, vise à procurer à ses destinataires. La mission qu'on assigne à cette comparaison est de moderniser le droit bénéficiaire, de l'affiner, d'en combler les vides. C'est donc naturellement celui auquel reviennent la responsabilité et le pouvoir de créer ce droit – législateur et, dans la mesure où celui-ci n'y procède pas, le juge – qui la pratique. L'exploitation de la comparaison est néanmoins libre pour lui: il n'est en général pas tenu d'y avoir recours;¹⁶⁵ s'il décide de l'exploiter, il a le libre choix des droits objets de comparaison et, surtout, il lui est loisible de faire des ressemblances et dissemblances constatées, ce que bon lui semble.¹⁶⁶ Une telle comparaison n'est donc pas *réglementée*.¹⁶⁷ Autant de points à l'égard desquels la comparaison qui nous a retenus dans cette deuxième partie en diffère.

Loin de jouer librement dans une sphère prépositive échappant à l'emprise du droit, cette autre comparaison intervient *en aval* d'une règle de droit positif qui la discipline et l'organise. Régie par le droit, elle n'a pas pour but de l'améliorer ni d'aboutir à aucun changement des règles matérielles pas plus que de conflit, notamment du pays pour le compte duquel elle est pratiquée, l'auteur de la comparaison n'ayant pour cela aucun pouvoir. Elle ne vise pas non plus à éliminer les incertitudes du droit bénéficiaire, qui n'existe d'ailleurs plus. Au contraire, elle

¹⁶⁵ Ce qu'on a récemment qualifié d'«impératif comparatif» (B. FAUVARQUE-COSSON, «Le droit comparé: art d'agrément...», cit., p. 82) relève de la sphère de l'opportunité et non de l'impérativité juridique au sens strict.

¹⁶⁶ Cf. G. RADBRUCH, «Über die Methode der Rechtsvergleichung», cit., p. 54, d'après lequel la comparaison des droits «nicht fähig ist, die Wahl mit logischer Notwendigkeit auf eine der gesetzgeberischen Möglichkeiten zu lenken».

¹⁶⁷ Cf. H.P. GLENN, «Comparative Legal Reasoning and the Courts: A View from the Americas», in: *Comparative Law Before The Courts*, cit., p. 217 s., p. 218, pour qui «since legal systems simply exist, with no necessary normative justifications, they in principle can tell us nothing about when they should yield to, or adopt, as a result of comparative reasoning, rules drawn from another legal order or tradition».

suppose, pour bien fonctionner, que les droits qui en sont l'objet soient chacun suffisamment certains. A partir de ceux-ci, elle concourt à déterminer, non plus la teneur d'une nouvelle règle législative ni d'une nouvelle règle décisionnelle, mais bien ce qu'on pourrait appeler, avec une doctrine prestigieuse, une *norme individuelle*,¹⁶⁸ en principe non-décisionnelle et en tout cas non vouée à la généralité et à l'abstraction. Il convient de s'y arrêter brièvement.

Cette norme individuelle découle de l'action conjuguée de plusieurs règles générales et abstraites: la règle de conflit qui autorise voire ordonne la comparaison et fixe les droits à comparer, les règles matérielles tirées de ces droits et le cas échéant, la règle précisant la méthode de comparaison au sens que l'on a vu.¹⁶⁹ Si la norme individuelle est produite par le jeu de telles règles, c'est que la comparaison, d'une part et en amont, suppose achevé le travail législatif de création de celles-ci, d'autre part et en aval, peut, pour se réaliser, faire en principe l'économie du travail judiciaire. Que si cette norme individuelle peut être au besoin consacrée dans une décision judiciaire, celle-ci n'est pas créatrice du droit au sens auquel l'est la décision exploitant la comparaison pour fixer un principe juridique jusque-là inexistant;¹⁷⁰ plus exactement, si elle crée du droit, c'est du *droit régissant la comparaison* dont il s'agit. Seulement, le juge ne se sert pas ici de la comparaison en tant qu'instrument, au demeurant facultatif, aidant à résoudre une incertitude objective affectant son droit matériel; la finalité de son intervention est bien plutôt de préciser le droit même qui régit la comparaison en énonçant comment celle-ci, obligatoire cette fois, doit, à l'avenir, être effectuée, par les justiciables dans la mesure du possible. La comparaison n'est plus, dans une telle hypothèse, l'*outil* mais bien, dirait-on, l'*objet* propre de l'intervention judiciaire.

Il paraît possible de conclure que la comparaison mobilisée par les règles de conflit de type substantiel intervient non plus lors de l'élaboration mais bien de la *mise en œuvre* du droit, à la fois de conflit et matériel. La nature de cette mise en œuvre de même que la réglementation de la comparaison varient selon qu'il s'agit d'un *droit*

¹⁶⁸ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., tr. CH. EISENMANN, Paris 1962, spéc. p. 342 s.; pour cette utilisation du terme *norme individuelle*, v. réc. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, cit., p. 651; sur la «théorie normative» de l'acte juridique, d'après laquelle celui-ci appartient à la «categoria delle norme giuridiche», v. réc., dans la doctrine italienne, A.P. UGAS, *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*, Torino, 2002, p. 6 s.; cf., dans la doctrine italienne classique, F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1957, p. 53 s. et littérature citée aux notes 171 et 172. Parmi les internationalistes, P. MAYER (v. surtout *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Paris 1973 et «Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé», *Rec. cours*, 2007, t. 327, p. 29) a recours au terme «norme individuelle» encore qu'il le réfère essentiellement à la norme *décisionnelle* (v. ég. du même auteur, «Existe-t-il des normes individuelles», *Mélanges M. Troper*, Paris 2006, p. 679 s.).

¹⁶⁹ V. *supra*, Partie II, 1.2.2.b).

¹⁷⁰ V. *supra*, Partie I, 2.2.1.a).

de comparer inhérent au droit d'option de législation ou bien d'un droit à la comparaison, au sens que l'on a dit.

S'il est vrai qu'ainsi qu'on l'a énoncé en conclusion de la première partie, les individus ne sauraient produire des règles générales et abstraites pas plus qu'émettre des normes décisionnelles, on a été conduit, dans cette deuxième partie, à nous souvenir de ce qu'une bonne partie du droit privé les investit du pouvoir de créer des normes individuelles. Conférés par des règles auxquelles on donne parfois le nom évocateur de règles sur la production juridique,¹⁷¹ de tels pouvoirs s'exercent bien par des «actes normatifs».¹⁷² Or la comparaison que suppose cet acte normatif que constitue l'exercice d'une option de législation¹⁷³ a lieu, précisément, au stade de la production par les justiciables d'une norme individuelle, puisqu'elle intervient lors de l'exercice par eux du choix du cadre législatif conformément auquel ils ont le droit de produire de telles normes. Règle sur la production juridique à un double titre,¹⁷⁴ la règle de conflit fixe alors le périmètre d'un tel pouvoir de comparer et d'exploiter la comparaison en établissant que celle-ci ne peut intervenir que lorsque les rattachements retenus se réalisent en plusieurs pays et entre les droits de ces pays. D'autres limites sont fixées, variables selon les domaines. Il s'agit donc bien là pour les individus – et c'est ce qui nous intéresse surtout d'observer – d'une liberté réglementée par le droit de se servir de la comparaison des droits pour produire une norme individuelle. Il est piquant de constater qu'à l'intérieur de ces limites, la comparaison du justiciable est cependant libre dans le triple sens que l'on a discerné à l'égard de la faculté du législateur (et du juge) d'y avoir recours pour produire une règle générale et abstraite (ou une décision). On ne saurait, à la réflexion, s'étonner d'une telle symétrie puisque, dans l'espace réservé à l'exercice de son pouvoir normatif, l'individu est bien, dit-on, lui-même législateur.¹⁷⁵ S'agissant des règles de conflit protectrices, la production de la norme individuelle

¹⁷¹ V. notamment T. PERASSI, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Roma 1938, p. 62 s.; E. ALLORIO, «L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale», in E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano 1957, p. 3 s.

¹⁷² V. ég. E. ALLORIO, cit., p. 28 s. et déjà in E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, 3 éd., Torino 1955, p. 426; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino 1957, p. 53 s.; cf. F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma 1951, p. 151 s., 219 s. et plus récemment, V. TAVORMINA, *Il processo come esecuzione forzata*, Napoli 2003, p. 8.

¹⁷³ Rapp. F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, cit., p. 204, note 139, pour qui l'accord sur la loi applicable peut paraître se rapprocher d'un «contratto realmente *normativo*».

¹⁷⁴ Car elle fixe les conditions, les limites et la procédure par laquelle les justiciables peuvent déterminer quel est le droit qui, entre autres, fixe les conditions, les limites et la procédure par laquelle il leur est loisible de produire des normes individuelles. V., pour cette dualité de plans, récemment, F. SBORDONE, *La «scelta» della legge applicabile al contratto*, cit., spéc. p. 200-201.

¹⁷⁵ Que l'on songe à la vénérable formule de l'art. 1134 du Code civil et au retentissement qu'elle a eu.

dépend *directement* et *nécessairement* de la comparaison et non plus *indirectement* et *éventuellement* de celle-ci, par l'intermédiaire de la volonté du titulaire de l'option de législation qui, lui, a le loisir d'y procéder et d'en imposer le résultat qu'il a cru bon d'en tirer. On s'explique dès lors que la réglementation de cette comparaison imposée aille beaucoup plus loin.¹⁷⁶

2.2. Auteurs de la comparaison: législateurs (juges) vs. justiciables

Le premier volet de l'étude s'achevait sur la représentation d'un justiciable affichant une indifférence foncière à l'égard d'une comparaison qui restait l'apanage du législateur et du juge, seuls auteurs et aussi seuls bénéficiaires directs de celle-ci, car les seuls en mesure de l'exploiter pour mener à bien la tâche qui leur incombe. Destinataire de la règle de droit, y compris de la règle issue de la comparaison (législative ou judiciaire), le justiciable, d'après une telle vue, ne compare en revanche pas et, puisqu'il ne compare pas, il n'est pas concerné par une comparaison qui a surtout, à ses yeux, une allure savante. La loi qui lui est applicable est soit la française, soit l'italienne: du fait que la sélection entre elles ne dépend pas de leur différente teneur pas plus que de son libre choix, une connaissance simultanée et comparative de ces droits ne lui sert pas à grand-chose.

L'image que nous renvoient les règles analysées dans cette deuxième partie est assez différente. Dès lors que le droit positif l'investit de la possibilité de choisir entre plusieurs lois, celle à laquelle il souhaite se conformer, l'intérêt que le justiciable porte à la comparaison devient très concret. De plus, lorsqu'il peut revendiquer, au besoin devant le juge, la protection de celle d'entre plusieurs lois qui lui est comparativement plus favorable ou qu'on lui impose l'observation du droit qui est pour lui comparativement plus sévère, comparer devient même une nécessité pour lui afin de connaître la norme de conduite dont il peut exiger l'observation ou bien à laquelle il est tenu. Il peut effectivement être ici question d'«impératif comparatif»¹⁷⁷ au sens le plus rigoureux du terme. Puisqu'elle fait désormais l'objet d'un pouvoir et d'une sujétion ou, selon les cas, d'un droit et d'une obligation dont sont titulaires les justiciables, la comparaison est nécessairement l'œuvre de ceux-ci.¹⁷⁸ La comparaison se démocratise, se vulgarise. Le sujet de droit, le *Rechtsträger*, devient aussi le sujet de la comparaison des droits, *Rechtsvergleichungsträger*;¹⁷⁹ lui aussi, et primordialement, acteur juridique,¹⁸⁰ il s'en trouve être également acteur

¹⁷⁶ V. *supra*, Partie II, 1.2.1.c).

¹⁷⁷ La formule est de B. FAUVARQUE-COSSON: v. *supra*, note 165.

¹⁷⁸ Qui dit justiciables dit évidemment aussi ses conseillers, tout comme qui dit législateur (ou juge) dit aussi tous les experts à qui celui-ci croit bon de faire appel pour qu'ils lui procurent la connaissance comparative qu'il recherche.

¹⁷⁹ Cf. *supra*, note 82.

¹⁸⁰ Cf. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, passim (pour qui sont *acteurs juridiques* tous les destinataires d'une norme d'habilitation).

de la comparaison, non seulement parce qu'il la pratique lui-même – comme le font les acteurs législatif et judiciaire, lesquels en tirent des conséquences dans la sphère juridique d'*autrui* – mais aussi et surtout parce qu'il s'en sert, lui, à la faveur de sa propre *sphère juridique*; à la comparaison traditionnelle, asservie à une production normative *hétéronome*, s'ajoute donc une comparaison visant une production normative *autonome*.¹⁸¹ Si celui qui s'intéresse simultanément à une pluralité de systèmes pour en dégager les similarités et les différences est *comparatiste*,¹⁸² force est de constater que le justiciable est encouragé voire obligé de le devenir. Le «justiciable-comparatiste» paraît donc bien représenter une figure avec laquelle la théorie du droit comparé semble, à l'avenir, devoir, de gré ou de force, compter.

Conclusions

On a fait souvent grief au soi-disant *droit comparé* d'usurper la dignité de *droit*.¹⁸³ D'après sa caractérisation la moins contestée, le droit implique un système de *règles de conduite*.¹⁸⁴ On s'explique aisément la difficulté d'y ramener la comparaison juridique: chacun des systèmes qui en font l'objet comporte des règles de conduite; c'est donc à celui-ci que revient le statut de droit, sans que celui que méritent les autres ou le relevé des différences qui les séparent aient là-dessus la moindre incidence. Si elle *compare* les règles de droit, cette discipline n'en pose pas elle-même d'autres que celles-ci. C'est pourquoi la vue est fort répandue d'après laquelle «le droit comparé n'a rien des caractères d'un droit positif»,¹⁸⁵ qu'il

¹⁸¹ Cf. *supra*, note 132.

¹⁸² En ce sens O. PFERSMANN, «Droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit», *Rev. int. dr. comp.* 2001, p. 275 s., p. 278.

¹⁸³ H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law*, cit., p. 1; E. BALOGH, «Le rôle du droit comparé...», cit., p. 577; M. SARFATTI, *Introduzione allo studio del diritto comparato*, Torino 1933, p. 32 s.; M. GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, in: R. STAMMLER (Hrsg.), *Das gesamte Deutsche Recht*, vol. I, Berlin 1931, p. 1548; L.-J. CONSTANESCO, *Traité de droit comparé*, cit., p. 358; cf. récemment M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1365 («comparative law is not a body of rules but rather an academic discipline», encore que le propos soit nuancé par la suite); V. TOBAL, *Derecho comparado contemporaneo*, Santo Domingo 2001 («El Derecho Comparado no está hecho para regular las conductas de los hombres en la sociedad. Y esto es así, porque el Derecho comparado no forma parte del Derecho positivo»); cf. M.-L. IZORCHE, «Propositions méthodologiques pour la comparaison», *Rev. int. dr. comp.* 2001, p. 289, s., p. 290.

¹⁸⁴ H. BATIFFOL, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris 1979, p. 7; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris 2002, p. 30; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., Berlin (etc.) 1983, p. 241.

¹⁸⁵ H. LÉVY ULLMANN, «Rapports...», cit., p. 207. La comparaison fournit, certes, à celui qui la pratique activement, au sens retenu ici, des éléments *rationnels* qui, tout en étant du *droit* du point de vue des systèmes dont ils relèvent, ne représentent pour lui, à l'instant où la comparaison intervient, que des matériaux législatifs (*potentielle Gesetzesinhalt*). Aussi longtemps que ceux-ci ne sont pas munis de l'élément *impératif* (*Gesetzesbefehl*), c'est-à-dire consacrés dans des règles dont l'observation est imposée aux justiciables par une autorité en ayant le pouvoir, ils ne méritent pas le nom de «droit»; dès qu'ils le sont, ils se muent en droit, certes, mais c'est alors du droit exclusivement *national*, le cas échéant

«n'est pas immédiatement pertinent pour la vie quotidienne du droit»;¹⁸⁶ il s'agirait même, a-t-on avancé récemment, d'un «droit antipositiviste».¹⁸⁷

Or ces constats perdent leur pertinence à l'égard de la comparaison qu'organisent les règles de conflit dont il a été question. Le législateur qui les pose assigne à la comparaison des droits la mission d'identifier la règle de conduite pertinente. Si celle-ci demeure nationale quant à sa source, son *applicabilité* à une espèce concrète est, par la volonté de celui qui édicte la règle de conflit, bel et bien le fruit d'une comparaison des droits. Devenue *prescriptive* – et ce au rebours de toute son histoire doctrinale –, la comparaison participe alors de la *positivité*, jamais mise en doute et souvent soulignée,¹⁸⁸ de la règle de conflit qui la convoque.¹⁸⁹ Aussi, il est possible de parler, sinon d'un droit comparé «positif», au moins d'un *droit positif de la comparaison*, sinon de règles de droit comparé, au moins de *règles régissant la comparaison des droits* et exerçant en tant que droit sur le droit, une incidence aussi indirecte que décisive sur la vie de celui-ci. «Droit de coordination»,¹⁹⁰ le droit international privé devient aussi, pour y aboutir, un «droit de comparaison».

On repère aisément les traits de ce nouveau droit comparé: «réaliste», au service du réel – et en un sens, véritablement «stratégique»¹⁹¹ – par opposition à «idéaliste», asservi à un idéal; discipline «positive» par opposition à «académique»;¹⁹² phénomène «normatif» par opposition à «culturel»,¹⁹³ qui vise à «étudier la loi

uniforme, dont il s'agit. Sur la dichotomie rationnel-impératif, v. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956, n° 50, p. 110, n° 134, p. 298; sur ses origines plus anciennes, v. B. ANCEL, «Le principe de bonne foi», cit., p. 1222 et la note 24.

¹⁸⁶ «Not immediately relevant to the daily life of the law» (T. KOOPMANS, «Comparative Law and the Courts», *I.C.L.Q.* 1998, p. 545, cité par E. ÖRÜCÜ, «Unde venit, quo tendit comparative law?», in: A. HARDING and E. ÖRÜCÜ, *Comparative Law in the 21st Century*, London / The Hague / New York 2002, p. 15).

¹⁸⁷ U. MATTEI / P.G. MONATERI, *Introduzione breve al diritto comparato*, Padova 1997, p. 12 («anti-positivista»).

¹⁸⁸ V. déjà H. LÉVY ULLMANN, «Rapports...», cit., p. 207: «en droit comparé, on discute en législation; en droit international privé [...], on discute en droit positif».

¹⁸⁹ Il en est ainsi à plus forte raison si l'on se rallie à X. BLANC-JOUVAN, «Prologue», in: *L'avenir du droit comparé*, cit., p. 14, pour qui, «lorsque celui-ci [le droit étranger] s'applique sur le territoire national», «le droit comparé tend-il à passer du statut de droit savant à celui de droit pratique – et presque de droit positif».

¹⁹⁰ PH. FRANCESCAKIS, c.r. à H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, 1956, in: *La pensée des autres*, cit., p. 163 s.

¹⁹¹ Sur la «fonction stratégique» du droit comparé, v. B. FAUVARQUE-COSSON, «Le droit comparé: art d'agrément...», cit., p. 73.

¹⁹² Cf. récemment M. REIMANN, «Comparative Law and Private International Law», cit., p. 1365 (v. note 166 ci-avant); sur ce que, dans la vue communément admise, «tandis que le droit international privé est une science normative (...) le droit comparé est une discipline scientifique: il s'agit d'évaluer, de persuader et non d'édicter des normes», v. B. FAUVARQUE-COSSON, «La réplique», cit., p. 531.

¹⁹³ Cf. B. FAUVARQUE-COSSON, «La réplique», cit., p. 530.

existante»¹⁹⁴ sans se résigner à préfigurer la «loi qui doit être» et qui, au fond, ne peut être suspect de «subversivité» car c'est une règle du for qui sciemment le sollicite et l'organise.¹⁹⁵ Les différences qui intéressent les auteurs de cette autre comparaison ne sont pas formelles, de méthode, de cheminement intellectuel, de conceptualisation, de déclamation, de formules,¹⁹⁶ mais véritablement *substantielles*, les seules qu'ils puissent exploiter: différences quant à la teneur, l'étendue et le mode d'exercice ou d'exécution des droits et des obligations, des avantages et des charges découlant à la faveur de leur sphère juridique de la mise en œuvre des règles à comparer dans le vif d'une situation concrète.

¹⁹⁴ R. SALEILLES, «Conception et objet de la science du droit comparé», cit., p. 395, pour qui le droit comparé «ne saurait à aucun degré se confondre avec le droit proprement dit», car «[l]e droit étudie la loi existante, le droit comparé cherche à déduire la loi qui doit être; et il cherche à l'établir».

¹⁹⁵ V. G.P. FLETCHER, «Comparative Law as a Subversive Discipline», *Am. Journ. Comp. Law*, 1998, p. 683; H. MUIR-WATT, «La fonction subversive du droit comparé», cit.

¹⁹⁶ R. SACCO, «Définitions savantes et droit appliqué dans les systèmes romanistes», *Rev. int. dr. comp.* 1965, p. 827 s.; U. MATTEI / P. G. MONATERI, *Introduzione*, cit., p. 12, d'après lesquels le droit comparé tend à «separare le declamazioni, le spiegazioni, le concettualizzazioni, in una parola gli *usi linguistici* del diritto, dalle regole operative messe in pratica». Dans la mesure où la mise en œuvre de ces règles aboutit à un résultat clair et raisonnablement prévisible pour lui, le tri évoqué est naturellement réalisé par le justiciable-comparatiste, qui seul s'intéresse à un tel résultat.