

QU'ENTEND-ON EXACTEMENT PAR  
L'EXPRESSION "CONCURRENCE DES SYSTÈMES  
JURIDIQUES" ?

Par

Otto Pfersmann

*Professeur à l'Université de Paris I Panthéon Sorbonne*

Le discours aujourd'hui si répandu d'une "concurrence des systèmes juridiques" est probablement imputable à plusieurs raisons qu'il convient d'évoquer brièvement à titre d'hypothèse : les unes tiennent à l'évolution du droit globalement considéré, les autres au développement des théories et doctrines.

Les multiples processus d'intégration juridique et de libéralisation des échanges permettent dans un nombre grandissant de cas de choisir plus librement les règles applicables à certaines catégories d'actes et parfois même en matière de résolution des litiges relatifs à leur exécution. L'on peut sans doute aisément s'accorder pour dire que ce phénomène, s'il a toujours existé à divers degrés, a atteint de nos jours des proportions jusqu'ici inconnues. Il apparaît alors tout aussi facilement compréhensible que ceux qui procèdent à ces actes veulent en général le faire sous les moindres contraintes possibles et choisiront, au moins au regard de leurs propres intérêts, s'ils en ont la possibilité, les règles qui leur permettront de réaliser le plus rapidement et au moindre coût l'objectif recherché.

En deuxième lieu, on peut observer une opposition entre partisans d'un système dit "civiliste" – mais aussi entre les défenseurs de tel ou tel système dit "civiliste" ou "romano-germanique", notamment entre "allemands" et "français"<sup>1</sup> d'une part et protagonistes d'un système dit de "common law" d'autre part<sup>2</sup>. Il ne s'agit pas simplement des multiples formes de malentendu et d'ignorance réciproque ou même d'incompréhension de son propre système auprès des juristes issus de l'une ou l'autre prétendue tradition. Elles sont aussi anciennes que la différenciation des systèmes eux-mêmes et font les délices des de maint cours, colloque et séminaire de droit comparé. Il s'agit plus spécifiquement d'un antagonisme politique au sens où les uns comme les autres désirent élargir la zone d'influence du système qui leur est cher et que les uns comme les autres craignent de voir se réduire l'attraction et l'influence de leur système préféré<sup>3</sup>. Par ailleurs, les uns et les autres collaborent souvent à des projets d'unification ou d'harmonisation de tel ou tel domaine de règles, en particulier en droit privé largement entendu et ils s'opposent naturellement tant en ce qui concerne les solutions concrètes que la conception d'ensemble qui les sous-tend. Les groupes antagonistes font par conséquent apparaître leur système préféré comme le meilleur et le système opposé comme truffé de défauts. Ils se comportent, sous cet angle, comme des acteurs économiques qui cherchent à vendre un produit. En vérité, aucun domaine du droit n'est épargné. Depuis la chute du Mur de Berlin notamment, les émissaires des différents systèmes de droit constitutionnel cherchent à convaincre les jeunes démocraties que seul certains dispositifs leur permettront de retrouver stabilité politique et prospérité économique. Là aussi, de tels phénomènes sont régulièrement apparus au cours des âges, mais l'intensité de ces débats

---

<sup>1</sup> Cf. là-dessus par exemple, Claude Witz, "La longue gestation d'un code européen des contrats", in : *Revue trimestrielle de droit civil* 2003, pp. 447-454 ; *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit N°1* (introduction Guy Canivet), Société de législation comparée, 2003.

<sup>2</sup> Cf. récemment Duncan Fairgrieve, Horatia Muir-Watt, *Common Law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Presses Universitaires de France, 2006.

<sup>3</sup> Cf. par exemple Pierre Legrand, "Against a European Civil Code", in : *Modern Law Review* 1997, pp. 44 sqs., même auteur, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", in : *RIDC* 1996, pp. 779 sqs.

semble incomparablement plus forte que pendant les vagues précédentes de rapprochement des économies et des systèmes juridiques qui les encadrent.

D'un point de vue théorique, l'on peut observer une influence grandissante de "l'Analyse économique du droit"<sup>4</sup>. Cette démarche encore relativement jeune en France et en Europe généralement, mais désormais bien implantée aux États-Unis où elle est d'abord apparue considère les normes juridiques comme des données économiques. Pour l'économiste, il s'agit de tenir compte de toutes les données pertinentes en vue de l'explication des phénomènes de production et d'échanges de produits et, de ce point de vue, l'intégration des règles juridiques n'était jamais entièrement absente. L'Analyse économique du droit l'a rendu systématique. Ainsi, si l'on admet que le droit fait partie des contraintes que rencontrent les acteurs, la recherche de la maximisation de leur utilité les conduira à vouloir réduire les coûts liés au respect des règles, autrement dit à ce que l'on appelle désormais les "coûts de transaction".

Si, dès lors, deux ou plusieurs systèmes de règles sont disponibles pour un même ensemble d'actes nécessaires à la réalisation de certaines opérations économiques, les acteurs choisiront, toutes choses égales par ailleurs, celui qui leur impose le moins de contraintes. Il y aurait alors *concurrence des systèmes* en ce que les ordres juridiques ne pourraient faire autrement (au moins d'un point de vue économique) que de rechercher une minimisation de ces coûts et ils chercheraient nécessairement à se surpasser dans cet exercice dès que le choix est effectivement offert aux acteurs. Une réflexion sur la concurrence ainsi entendue serait par conséquent une exigence scientifique dont le juriste ne pourrait pas ne pas tenir compte.

De cette évolution factuelle, il ressort que le choix des normes est aujourd'hui plus large, les conséquences plus complexes, mais aussi que se pose les questions de choix relatifs à des systèmes de règles au domaine spatial de validité de plus en plus étendu.

Il s'agit sans aucun doute de faits importants et dignes d'analyse. Et l'on admettra facilement que l'usage de règles peut faire l'objet de recherches en sciences économiques comme en sociologie ou en psychologie d'ailleurs.

L'expression "concurrence des systèmes juridiques" vise ainsi l'extension des possibilités des choix de règles et son développement, le problème de l'évolution souhaitable de ces choix et celui de leur rationalité économique. Il s'agit de trois objets et de l'idée qu'il y aurait entre ces trois objets un rapport intrinsèque. La question qu'il conviendra de se poser ici est alors celle de savoir s'il s'agit d'objets juridiques, autrement dit si le terme en question se réfère à un concept de la science du droit. Cette question n'est pas entièrement indifférente, car s'il s'agit d'un concept économique, par exemple, cela voudra dire que la science du droit ne pourra pas en faire un objet d'étude selon les méthodes qui sont les siennes.

On peut évidemment définir les objets juridiques de telle façon qu'il s'agit de l'allocation de ressources rares dans la perspective de la maximisation de leur utilité, mais cela n'aurait pas grand intérêt ici, car cela voudrait simplement dire que le domaine

---

<sup>4</sup> On considère comme fondatrice de cette démarche les articles de Ronald Coase, "The Problem of Social Cost", in : *Journal of Law and Economics* 3 (1960), et de Guido Calabresi, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", in : *Yale Law Journal*, 70 (1961), puis les ouvrages de Guido Calabresi, *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis* (1970) ainsi que Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston Little Brown, 1992 (première édition 1971). Cf. Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004. Pour une très intéressante analyse de la distribution des recherches en analyse économique du droit parmi les juristes et par pays, cf. Oren Gazal-Ayal, "Economic Analysis Of Law And Economics", *German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 2006 : Article 21, accessible sous <http://www.bepress.com/gwp/default/vol2006/iss1/art21>. Cf. en français surtout, Bruno Deffains (éd.), *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, avec une préface de Guy Canivet, Cujas, Paris, 2002 ; Thierry Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, 1999 ; Lewis A. Kornhauser, "L'Analyse Économique du Droit", in : *La Revue de Synthèse* 118-9 (1985). Concernant la concurrence économique entre droit civil et *common law*, cf. Bruno Deffains (sld), *Problèmes économiques* No 2.872 (dossier : Regards économiques sur le droit. Common Law ou "droit codifié" : quel système est le plus efficace ?), 30 mars 2005.

disciplinaire du droit se confond avec celui de l'économie. La recherche de l'objet juridique "concurrence des systèmes" suppose au contraire que l'on parte d'une spécificité des objets juridiques en général et des objets juridiques économiquement intéressants en particulier. Je proposerai ici de ne retenir à ce titre que les structures valides dans des systèmes normatifs globalement efficaces et sanctionnés<sup>5</sup>. En d'autres termes, un objet juridique est un ensemble de normes valides dans un ordre ou système juridique<sup>6</sup>.

Il est évidemment parfaitement loisible de définir d'autres objets d'analyse tout aussi intéressants, mais ces autres objets devraient présenter au moins le même degré de spécificité et cela n'empêchera pas d'introduire justement cet objet qui répond à cet exigence de spécificité, puisqu'il n'est pas réductible au domaine d'investigation d'autres exercices disciplinaires : en tant que structures normatives, elles ne constituent pas des objets empiriquement observables, en tant qu'elles font partie de systèmes globalement efficaces et sanctionnés<sup>7</sup>, il ne s'agit pas de normes relevant d'autres classes de normativité comme notamment la morale ou des règles de jeu.

Sous ces prémisses, certes restrictives, il convient aussitôt d'écarter l'Analyse économique du droit pour deux très simples raisons :

a) Analyser économiquement le droit suppose que l'on connaisse d'abord les normes juridiques dont on étudiera ensuite l'impact économique. Une telle étude ne peut donc à son tour relever de l'Analyse économique du droit mais la précède.

b) Concevoir le choix des règles en termes de marché est une métaphore circulaire, puisque l'existence d'un marché suppose celle de règles juridiques<sup>8</sup>. Or l'étude de ces règles ne peut faire, en tant que telle, l'objet d'une analyse économique puisque l'étude économique du marché, même si c'est, admettons-le, un marché de règles, suppose l'étude et la connaissance préalable des règles constitutives du marché des règles<sup>9</sup>.

Il reste alors le choix entre règles juridiques existantes et le choix de règles futures selon les règles en matière d'édiction de règles futures. La thèse que je chercherai à démontrer sera dès lors que les phénomènes mentionnés relèvent d'une analyse juridique en termes d'habilitation, de centralisation et de législation au sens large. Il s'ensuit que si le droit peut encadrer normativement les choix, l'analyse juridique ne permet pas en tant que telle de

---

<sup>5</sup> Cf. sur cette définition et les difficultés qu'elle peut soulever, Otto Pfersmann, "Pour une typologie modale de classes de validité normative", in: Jean-Luc Petit (sld.), *La querelle des normes — Hommage à Georg Henrik von Wright, Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, no. 27 (1995), p. 69-113.

<sup>6</sup> Le problème de la "concurrence" se poserait justement parce que les systèmes ne seraient plus cloisonnés, comme les présenterait, au contraire, une conception traditionnelle. Cette objection repose sur un double malentendu. Premièrement, les systèmes ou ordres juridiques ne sont pas des données naturelles, mais des constructions intellectuelles par lesquelles des ensembles d'énoncés prescriptifs sont constitués comme objectivement normatifs pour les besoins de l'analyse. Peu importe la norme (ou l'ensemble de normes) qui nous intéresse, elle n'a d'existence à titre de norme que si nous pouvons en retracer la validité dans le cadre d'un système dont nous supposons l'existence. Si, dès lors nous supposons l'existence d'un système, il ne peut entretenir de rapport avec un autre système du même genre que s'il s'agit à nouveau d'une relation normative, en d'autres termes si l'un des systèmes est considéré comme un sous-système de l'autre.

<sup>7</sup> Au sens spécifié dans le travail cité en note 2.

<sup>8</sup> Il se pourrait bien évidemment qu'un groupe d'individus s'engage spontanément dans une activité qui respecte exactement les données constitutives d'un marché, mais un tel scénario idéal paraît excessivement restrictif, car il devrait s'écrouler avec la moindre infraction à ces données. Si l'on veut assurer la moindre stabilité à la structure du marché, il faudra donner à ces données le caractère de règles dont la violation entraîne une sanction (plus exactement la violation constitue la condition de l'application d'une règle autorisant l'exécution d'une sanction).

<sup>9</sup> Les origines de l'Analyse économique du droit le montre fort bien. Les travaux de Coase s'intéressent non seulement à l'impact des règles sur les comportements, mais aussi à l'impact du degré de détermination des règles juridiques sur les comportements. Dans son premier grand article, "The Nature of the Firm", in : *Economica* 4 (1937), pp. 386sq., il considère l'entreprise comme réseau de contrats, et dans "The Problem of Social Cost", *op. cit.*, il analyse les effets externes en l'absence de détermination claire des rapports de propriété.

choisir. Si c'est là ce que recherche la science du droit, elle ne le trouvera pas et même si elle donne le titre de "juridique" à des réflexions portant sur le choix en tant que tel et non sur les normes juridiques relatives au choix, elle ne produira autre chose que de l'idéologie.

## **I. L'Habilitation simple de choisir entre normes de production de normes**

Une habilitation est une permission qualifiée de produire des normes juridiques en suivant une certaine procédure<sup>10 11</sup>. En droit privé, les règles relatives aux différents contrats comme aux actes unilatéraux constituent des normes d'habilitation. Dans l'hypothèse la plus simple, le destinataire ne pourrait suivre qu'une seule habilitation en vue d'un type spécifique d'acte juridique. Cette hypothèse n'est en vérité que très rarement vérifiée, bien souvent, il est possible de choisir entre plusieurs options, soient que plusieurs actes permettent d'arriver au même résultat normatif, soient que plusieurs habilitations différentes permettent d'arriver au même type d'acte.

Il n'en demeure que l'on considère traditionnellement le nombre des choix comme limité par un corpus donné de règles, alors qu'il ne serait pas possible de choisir entre plusieurs ensembles de règles. Cette vision est intuitivement correcte, mais excessivement simplificatrice. Elle suppose une théorie de la hiérarchie des normes.

Si l'on veut que d'autres habilitations soient offertes aux destinataires, il convient de changer les règles de choix, mais si on procède ainsi, on aura substitué un corpus de normes de choix à un autre et le premier ne sera par conséquent plus disponible. Une telle opération suppose toutefois qu'il existe non seulement un ensemble de règles en vue de la production de normes juridiques, mais aussi des règles permettant la modification de ces règles. La modification des habilitations exige en d'autres termes un système dynamique ou hiérarchisé. Toute habilitation suppose une nécessairement une hiérarchisation au sens où la norme plus concrète et plus individuelle (par exemple le contrat ou le testament) ne peut exister que s'il existe au préalable une autre norme plus abstraite et plus générale qui en autorise la production, mais ce fait peut échapper au regard si on ne s'intéresse qu'à la règle et au choix, elle devient évidente lorsqu'on voit que la norme d'habilitation est elle-même habilitée. C'est en ce sens que les habilitations sont hiérarchisées et que l'on peut parler de "législation au sens large" lorsqu'il est question de l'édiction des normes d'habilitation. Le cas de l'habilitation avec possibilité de changement des normes d'habilitation par des actes législatifs au sens large peut être qualifié d'"hypothèse traditionnelle".

L'hypothèse traditionnelle est celle où un changement d'habilitation, c'est à de possibilités de faire des choix suppose une intervention du législateur (une modification du code civil ou de la jurisprudence ou de la coutume ou d'autres mode de législation selon les systèmes étudiés). On peut y trouver des variantes de complexité croissante, car on peut

---

<sup>10</sup> "Norme" est utilisé au sens de *signification d'un énoncé rendant obligatoire, permis ou interdit un certain ensemble d'actions humaines*. Une norme peut avoir un seul ou plusieurs destinataires, elle peut concerner ou un ensemble d'actions ou une seule (un ensemble à un seul élément). On utilisera le terme "règle" lorsqu'il s'agit de normes dont les destinataires ainsi que les actions visées sont désignés en termes généraux. "Acte" est utilisé pour des normes individuelles liant une ou plusieurs personnes.

<sup>11</sup> L'insertion précise des normes d'habilitation dans une classification des normes juridiques n'est pas simple et la question fait toujours le sujet d'amples débats. L'habilitation est l'élément initial d'une structure normative dynamique ou hiérarchisée (cf. Otto Pfersmann, in : Stéphane Rials, Denis Allard (dir.) : *Dictionnaire de la culture juridique*, Presses Universitaires de France, 2003, pp. 779-783). Cf. au sujet de la norme d'habilitation dans la littérature récente, Stanley Paulson, "Four Phases in Hans Kelsen's Legal Theory ? Reflections on a Periodization", in : *Oxford Journal of Legal Studies* 18 (1998), pp. 153-166 ; Stanley Paulson; Bert van Roermund, "Kelsen, Authority and Competence : An Introduction", in : *Law and Philosophy*, 19 (2000), pp. 125-130 ; Ulises Schmill, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", in : *Law and Philosophy*, Volume 19 (2000), pp. 283-310 ; Guillaume Tusseau, *Les normes d'habilitation* ( préface Michel Troper ), Dalloz 2006.

aisément imaginer que le corpus s'enrichisse au fur et à mesure et il se pourrait qu'il offre de plus en plus de choix avec des ramifications toujours plus fines.

## **II. L'habilitation centralisée dans un système décentralisé**

Le cas intéressant serait alors celui où, au lieu de pouvoir choisir à l'intérieur d'un corpus et quelle que soit la complexité et la quantité des ramifications, on pourrait choisir entre plusieurs corpus de règles en vue de produire des normes juridiques. Ce choix ne serait, comme dans l'hypothèse traditionnelle, le résultat d'une substitution alternative et exclusive, il serait offert simultanément.

En vérité, nous n'avons pas quitté l'hypothèse traditionnelle, nous avons simplement activé un élément que la structure hiérarchique contenait déjà. Que veut dire en effet l'expression "choix entre plusieurs corpus de règles" ? Un corpus de règles de choix n'est autre chose qu'un ensemble d'habilitations. Avoir le choix entre deux ou plusieurs ensembles d'habilitations peut couvrir les hypothèses suivantes :

1) Admettons pour les besoins de la cause qu'il n'y ait aucun rapport entre les deux corpus. Cela veut dire qu'il n'existe aucune norme de degré supérieur qui établit une liaison entre les normes d'un système et celles de l'autre. Alors il n'y aura pas non plus de choix possible entre les deux ordres. La raison en est que s'il s'agit bien d'un ensemble d'habilitations inséré dans un système de juridique sans rapport avec l'autre, l'un et l'autre ne pourront, par hypothèse, pas intervenir dans le même domaine spatial de sanction. Admettons que X se soit marié sous l'ordre O1 et qu'il ait ensuite divorcé sous l'ordre O2. X se trouve sous la juridiction de l'ordre O2 et il n'existe entre les deux aucun rapport selon notre hypothèse.

Notre hypothèse ne peut pas avoir été entièrement exacte, car sinon X n'aurait pas même pu changer de système. Admettons alors qu'il ait changé irrégulièrement de système. L'ordre O1 ne peut rien lui réclamer. Mais X n'a pas vraiment choisi entre systèmes. Il n'est pas redevable à O1, même s'il voulait honorer ses obligations maritales, car s'il n'y a pas de rapports entre O1 et O2, et X est désormais externe au domaine spatial de sanction de O1. Et s'il rentrait irrégulièrement dans O1, il ne pourrait plus opter pour les commodités de O2 qui n'a pas de rapports avec O1. Si l'un des deux ordres introduit une règle selon laquelle les actes valides sous l'un des deux sont également considérés comme valides sous l'autre, ou bien il ne s'agit pas d'une norme d'habilitation parce que cela ne concerne que les obligations déjà en vigueur, ou bien il s'agit d'un élargissement des habilitations sous l'ordre qui décide unilatéralement cet élargissement. Il ne s'agit trivialement pas de choix entre deux corpus.

2) Dans tous les autres cas, un rapport entre corpus est introduit par une norme de degré supérieur aux corpus en question. Si c'est le cas, il s'agit simplement du même corpus avec des ramifications internes. Elles peuvent présenter les variantes suivantes :

a) Une telle règle peut prévoir que le choix de l'un des ensembles interdit de revenir aux choix offerts par l'autre. C'est une règle d'embranchement irréversible. Admettons que j'aie pu choisir entre deux systèmes de juridiction. Une fois mon choix fixé avec l'accord de mon partenaire, je pourrais en épuiser toutes les potentialités, mais il ne m'est plus possible (toutes choses égales par ailleurs) de revenir sur ma décision (au moins en ce qui concerne les actes pour lesquels j'ai opté pour une telle clause). Mais cela n'empêche nullement que pour d'autres actes, je choisisse à nouveau un système de juridiction différent. Il faudra alors distinguer selon que le choix d'une alternative entraîne des conséquences pour d'autres choix concernant d'autres éléments de l'acte ou que cela ne soit pas le cas. J'appellerai le premier cas "rigidité consécutive", le deuxième "rigidité conjonctive".

b) Il se pourrait aussi que les ramifications soient simultanément ouvertes. Ce serait certes pragmatiquement assez problématique, mais théoriquement, rien ne s'y oppose. Appelons ce cas celui de la "flexibilité".

Les variantes des constructions de choix peuvent être très larges, mais sont rarement intégrales, car un certain nombre d'acte se trouve souvent exclu du choix, par exemple les contrats réels.

Mais dans bien des domaines on peut aisément imaginer un accroissement presque illimité d'alternatives dans le corpus. Cela n'ira pas sans problèmes pragmatiques parfois redoutables, surtout dans le mode de l'enchevêtrement des alternatives. En effet, dans le mode de la substitution législative traditionnelle comme dans l'élargissement interne, le changement résulte d'un acte centralisé, en d'autres termes un législateur est compétent pour toutes les modifications des habilitations.

L'élargissement non exclusif est en revanche lié à la combinaison de plusieurs habilitations de degré supérieur : un traité international ou un acte édicté en application d'un tel traité peut avoir pour résultat une décentralisation du choix du corpus. Au lieu de choisir ce qu'offre un législateur au sens large, on pourra choisir entre les corpus de plusieurs législateurs (dans certaines limites, évidemment).

Ce qui s'est produit n'est pourtant rien d'autre qu'une articulation entre trois niveaux d'habilitations : celui de l'institution d'une pluralité de producteurs de corpus de règles, la production d'un corpus respectif par un organe ayant une certaine assise territoriale (un certain domaine spatial de sanction), et une habilitation finale des personnes de choisir entre le corpus territorial originaire et d'autres corpus produits par un législateur relevant d'une assise territoriale différente. Cela n'a strictement rien d'inédit ni d'extraordinaire, mais résulte de la combinaison d'une différenciation territoriale de la production normative avec l'extension des habilitations conférées aux personnes. L'Allemagne se trouvait dans cette situation avant l'attribution de la compétence législative à la Fédération c'est-à-dire au "Reich" en matière de droit civil, c'est-à-dire avant la révision de la Constitution de ce même Reich en 1873. Mutatis mutandis, il conviendra d'analyser pour chaque cas le degré de combinaison de centralisation et de décentralisation des compétences législatives avec les habilitations de choix transfrontaliers conférés aux personnes. Le cas européen est certes complexe et sans doute encore promi à de nombreuses évolutions. Cependant, la structure à trois degrés qui le caractérise est aussi peu inédite que le fait que les trois degrés que constituent les Traités, les ordres des États-Membres et les destinataires immédiats de leur production normative ne sont que le point de départ de constructions plus complexes puisque les Traités habilite également le législateur communautaire, puis les États-Membres tant pour la concrétisation des directives que pour l'exécution des normes réglementaires et enfin leur liberté d'organisation et de différenciation territoriale interne. Par ailleurs, la Communauté est elle-même intégrée dans des organisations qui étendent encore les possibilités de choix.

Un tel phénomène induit évidemment une asymétrie partielle entre le processus démocratique, c'est à dire, juridiquement parlant, la production normative dans le cadre de l'État-Membre, à laquelle participe le citoyen par la désignation des titulaires de fonctions organiques législatives d'une part, et l'ensemble des règles applicables puisqu'on pourra ne pas appliquer les règles à la production desquelles on participe et appliquer celles à la production desquelles on ne peut contribuer à aucun titre. Mais là aussi, il ne s'agit nullement d'un phénomène inédit : il existe dans toutes les fédérations où certaines règles s'appliquent dans l'ensemble du territoire alors que certaines autres ont un domaine territorial limité à un sous-ensemble spatialement déterminé, mais où les citoyens bénéficient de la liberté de se déplacer et de contracter librement. Leurs possibilités de choix sont donc bien supérieures à celles qui résulteraient de la seule application des règles de l'un seulement des sous-

ensembles territoriaux. Il s'agit par conséquent d'un phénomène induit par la décentralisation au sens large<sup>12</sup>.

Si l'on tient à appeler cet ensemble de données par convention "concurrence des systèmes juridiques", cela ne rencontre naturellement pas de difficultés en soi, pour autant que l'on accepte toutes les conséquences d'un tel choix, c'est-à-dire si l'on exclut de l'usage du terme ainsi introduit toute connotation étrangère à la convention arrêtée.

Mais justement, c'est ce qui paraît difficile au regard du triple objet visé par l'expression. Car ce que l'on tient à dire en utilisant ce terme relève de considérations tout à fait différentes. Pour les uns, il s'agit de faire valoir que la combinaison d'une différenciation territoriale de production de règles en vue de la production de normes individuelles avec l'habilitation centralisée maximale conférée aux personnes de choisir sans contrainte entre ces corpus serait la seule solution souhaitable<sup>13</sup>, alors que pour d'autres il s'agit au contraire de centraliser la compétence législative et de choisir un seul corpus suffisamment riche et flexible, mais exclusif, en vue de stabiliser un marché qui ne devrait pas supporter les coûts liés à la complexité des choix et les inégalités qu'elle induit<sup>14</sup>.

La réponse à la question de savoir laquelle de ces alternatives il convient de choisir ou s'il faudrait choisir une solution tout à fait différente encore ne peut évidemment être déduite des données juridiques actuellement en vigueur. Le droit donne juste les moyens de faire de nouveaux choix ou de ne pas les faire, il ne dit pas lesquels il conviendrait de faire — car lorsqu'il dit ce qu'il faut faire, c'est qu'il ne nous laisse pas de choix mais nous impose simplement des obligations. "Concurrence des systèmes juridiques" conçu au triple sens où l'entendent en général les promoteurs de cette expression n'est donc pas un concept juridique. Et le reste relève de la politique.

---

<sup>12</sup> Cf. Otto Pfersmann, "Hans Kelsen et la théorie de la centralisation et de décentralisation : le cas de la supranationalité", in : *Revue d'Allemagne et des pays de langue allemande*, 28 (1996), pp. 171- 185.

<sup>13</sup> Cette position est par exemple soutenue par Pascal Salin, "L'Europe ou le libéralisme ambigu", in : *Les Échos* 10 mai 2006 ; du même auteur, "Il faut sauver le soldat Bolkestein!", *Le Figaro*, 9 février 2005. Pour une élaboration plus développée des conceptions de cet auteur, cf. son ouvrage *Libéralisme*, Odile Jacob 2000. M. Salin semble penser qu'un marché sans règles juridiques soit possible et surtout souhaitable, sans toutefois apporter des arguments très convaincants. Sa position est plus nuancée pour l'état présent des choses, où il plaide très clairement pour une certaine évolution juridique future (celle du choix maximal entre systèmes pour les personnes) et contre une autre (celle de l'harmonisation et, *a fortiori*; de l'unification). Ses considérations s'appuient à l'évidence sur une centralisation juridique de l'habilitation conférée à l'individu dont l'OMC serait l'esquisse embryonnaire.

<sup>14</sup> C'est une telle position que semble par exemple exprimer sur le mode du regret de l'impossibilité d'un tel projet à l'heure actuelle l'un des grands privatistes allemands particulièrement engagés dans le comparatisme civiliste politique, Peter Schlechtriem, "Europäisierung des Privatrechts – vom Beruf unserer Zeit für ein Europäisches Privatrecht", in: *Juridica International* I 2004, pp. 24-31.