
Remarques sur la condition procédurale de la loi étrangère en Italie

François Mélin*

Il est acquis que le juge du for peut être amené à appliquer une loi étrangère lorsqu'il est saisi d'un litige international. C'est là en effet l'un des principes de base du droit international privé. Il n'en reste pas moins que l'application dans le for de normes édictées par un législateur étranger soulève d'importantes difficultés. Ces difficultés sont de deux ordres. Certaines ont un caractère pratique. Il n'est ainsi guère douteux qu'il soit difficile de prendre connaissance du contenu des règles étrangères applicables. D'autres se situent à un niveau théorique et impliquent que l'on prenne position sur les rôles respectifs du juge et des plaideurs dans le procès civil.

Ces problèmes se posent dans tous les systèmes juridiques qui acceptent de faire une place au droit étranger. Ils se sont toutefois posés avec une intensité particulière en Italie. On constate que, dans ce pays, une jurisprudence abondante et mouvante a pris place en ce domaine et que, par ailleurs, la doctrine n'a pas ménagé ses efforts pour proposer une solution acceptable aux problèmes soulevés. Surtout, il faut relever que le législateur italien est récemment intervenu sur cette question et a retenu des principes de solution satisfaisants.

It is trite law that a judge may have to apply foreign law when seised with a case that contains an international element; this is one of the basic principles of private international law. Nonetheless, the application of norms laid down by foreign legislation can pose considerable problems. These are of two kinds: either (i) practical, relating to taking notice of the content of foreign law; or (ii) theoretical, concerning the possibility of divergent views of the roles of the judge and parties in the context of civil litigation.

While the problems present themselves in any system that allows reference to foreign law, Italy is a particularly striking example. Neither doctrine nor an abundant body of jurisprudence has produced a workable compromise. Nonetheless, recent legislation in Italy shows signs of a healthy solution.

* Attaché temporaire d'enseignement et de recherche auprès de l'Université de Picardie Jules Verne (France).

Introduction

I. L'affirmation du devoir du juge de rechercher la loi étrangère

A. *Les hésitations jurisprudentielles antérieures à 1995*

B. *L'intervention législative du 31 mai 1995*

II. La mise en œuvre de l'office du juge

A. *L'accès à l'information sur la loi étrangère*

B. *Le défaut d'établissement du contenu du droit étranger*

Conclusion

Introduction

Le droit international privé postule que le juge peut être conduit à appliquer une loi étrangère lorsqu'un litige comportant un ou plusieurs éléments d'extranéité lui est soumis. S'il est ainsi fermement établi qu'une place peut être faite dans le for aux lois étrangères, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre concrète des droits étrangers dont la compétence est reconnue par les règles de conflit de lois est problématique. Il n'y a pas besoin d'être un spécialiste du droit comparé pour apercevoir les difficultés auxquelles peut être confronté le juriste qui souhaite s'informer de la teneur d'une loi étrangère. Sans même parler des difficultés de compréhension des législations étrangères qui utilisent des concepts ou des mécanismes juridiques s'écartant de ceux connus du droit national, il est en effet évident que l'obtention de renseignements fiables concernant le droit positif d'un État étranger n'est pas, dans l'immense majorité des cas, aisée. Les sources d'information, lorsqu'elles existent, sont en général peu nombreuses, et peuvent montrer assez rapidement leurs limites.

Ces difficultés sont à l'origine d'une controverse quant aux rôles respectifs du juge et des parties dans le processus de mise en œuvre des normes applicables. On a pu faire valoir qu'il serait irréaliste de considérer que la recherche de la loi étrangère incombe au juge. L'importance des difficultés existantes justifierait, selon certains, que la loi étrangère soit appréhendée comme un objet de preuve, et qu'il revienne par conséquent aux parties d'en établir la substance.

À cet égard, les différents ordres juridiques sont partagés. Certains ordres optent sans ambiguïté pour une assimilation de la loi étrangère à un élément dont la preuve doit être rapportée par les plaideurs. C'est le cas des ordres anglo-saxons¹ et espagnol².

¹ Pour les États-Unis, voir S.L. Sass, «Foreign Law in Federal Courts» (1981) 29 Am. J. Comp. L. 97 ; J.G. Sprankling et G.R. Lanyi, «Pleading and Proof of Foreign Law in American Courts» (1983) 19 Stan. J. Int'l L. 3.

Pour la Grande-Bretagne, voir R. Feutiman, «Foreign Law in English Courts» (1992) 108 L.Q. Rev. 142 ; R. Fentiman, *Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998 ; G.C. Cheshire, P.M. North et J.J. Fawcett, *Cheshire and North's Private International Law*, 12^e éd., Londres, Butterworths, 1992 à la p. 107 ; J.H.C. Morris et D. McClean, *The Conflict of Laws*, Londres, Sweet & Maxwell, 1993 à la p. 36 ; P. Stone, *The Conflict of Laws*, Londres, Longman, 1995 à la p. 6.

Pour le Canada, voir J.-G. Castel, *Canadian Conflict of Laws*, Toronto, Butterworths, 1994 à la p. 147.

² Voir art. 12(6) du code civil espagnol. Voir aussi M.A. Benítez De Lugo, «La prueba del Derecho extranjero ante los Tribunales españolas» [1989] Revista general de derecho 6247 ; F.J. Garcimart in Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial: Cinco cuestiones clásicas*, Madrid, Tecnos, 1994 ; J.C. Fernández Rozas et S. Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, 3^e éd., Madrid, Civitas, 1996 à la p. 417 ; A. Azparren Lucas, «Nuevas perspectivas del papel del juez frente a la aplicación judicial del derecho extranjero» dans J.C. Fernández Rozas, dir., *Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, Consejo del Poder Judicial, 1997, 199.

D'autres systèmes ont une vision plus progressiste de la matière et considèrent que la détermination de la teneur de la loi étrangère relève de l'office du juge. On peut citer ici les systèmes allemand³ et belge⁴. D'autres ordres, enfin, à l'instar des ordres français ou suisse, préfèrent ne pas adopter une position tranchée et se tournent, en fonction de la nature des droits litigieux, vers l'une ou l'autre de ces deux orientations⁵.

L'Italie a, dans ce cadre, une place particulière. L'attention portée à cette question a toujours été importante dans ce pays. Les plus grands spécialistes du droit international privé et de la procédure civile se sont affrontés sur ce thème⁶. La jurisprudence

Un projet de loi de réforme de la procédure civile espagnole, approuvé par le Conseil des Ministres le 30 octobre 1998 et actuellement en cours de discussion devant le Parlement, confirme l'orientation actuelle (voir art. 282(2) du projet).

³ Voir D.R. Tueller, «Reaching and Applying Foreign Law in West Germany: A Systemic Study» (1983) 19 Stan. J. Int'l L. 99 ; K. Sommerlad et J. Schrey, «Establishing the Substance of Foreign Law in Civil Proceedings» (1992) 14 Comp. L. Y.B. Int'l Bus. 145 ; T.C. Hartley, «Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared» (1996) 45 I.C.L.Q. 271 à la p. 275.

⁴ Voir Cass. belg., 9 octobre 1980, Journal des Tribunaux (1981) 70, conclusions Krings, observations R. Vander Elst. Voir aussi K. Lenaerts, «Le statut du droit étranger en droit international privé belge, Vers un nouvel équilibre ?» dans *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. 2, Bruxelles, Nemesis, 1986, 529 ; N. Verheyden-Jeanmart, *Droit de la preuve*, Bruxelles, Larcier, 1991 à la p. 12.

⁵ Pour la France, voir Cass. Com., 13 novembre 1993, Journal du droit international 1994.98 (note J.-B. Donnier), Rev. crit. D.I.P. 1994.332 (note P. Lagarde) ; B. Ancel et Y. Lequette, Note dans B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1998, 607 ; Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 1996, J.D.I. 1996.941, Rev. crit. D.I.P. 1997.675 (note D. Bureau) ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, Rev. crit. D.I.P. 1998.60 (note P. Mayer) ; Cass. Com., 2 mars 1999, Rev. de J.D.A. 1999.IV, n° 411. De ces arrêts il résulte, très schématiquement, les principes suivants : lorsque les droits litigieux sont disponibles, il revient aux parties d'établir le contenu de la loi étrangère applicable ; lorsque les droits litigieux ne sont pas disponibles, il revient au juge de rechercher d'office ce contenu. Plus généralement, la Cour de cassation considère qu'«il appartient au juge qui déclare applicable une loi étrangère de procéder à sa mise en œuvre, et, spécialement, d'en rechercher la teneur» (Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1998 La semaine juridique 1998.II.10098 (note H. Muir). Voir aussi Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1988, Rev. crit. D.I.P. 1999.88 (note B.A.). Sur cette question, qui est très mouvante depuis quelques années, voir notamment H. Muir-Watt, «Lei étrangère» dans D. Carreau, P. Lagarde et H. Synvet, dir., *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, 1998 ; P. Mayer, *Droit international privé*, 6^e éd., Paris, Montchrestien, 1998 au n° 178 et s. ; J.-P. Ancel, «Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger» dans *Rapport de la Cour de cassation 1997*, Paris, La Documentation française, 1998, 33.

Pour la Suisse, voir art. 16 de la *Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987* : «Le contenu du droit étranger est établi d'office. [À] cet effet, la collaboration des parties peut être requise. En matière patrimoniale, la preuve peut être mise à la charge des parties». Voir aussi V.F. Vischer, «La loi fédérale de droit international privé» dans F. Dessementot, dir., *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, C.E.D.I.D.A.C., 1988, 11 à la p. 18 ; F. Knoepfler et P. Schweizer, *Précis de droit international privé suisse*, Berne, Staempfli, 1990, à la p.183 ; A. Bucher, *Droit international privé suisse*, t. 1, vol. 2, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, à la p. 146.

⁶ Voir les études classiques suivantes : D. Anzilotti, «Prova di leggi estere, Presunta conformità con la "lex fori"» [1907] Riv. dir. int. 271 ; C. Lessona, *Trattato delle prove in materia civile*, vol. 1, Florence, Cammelli, 1922 au n° 151 et s. ; R. Quadri, «De la preuve du droit étranger» (1953) 9 Revue égyptienne de droit international 1, reproduit dans R. Quadri, *Scritti giuridici*, vol. 2, Milan, Giuffrè,

a, quant à elle, longtemps été caractérisée par une forte instabilité. Mais le législateur est récemment intervenu afin de mettre un terme aux discussions.

L'effervescence à laquelle a donné lieu ce problème et l'intervention récente du législateur justifient que l'on porte aujourd'hui un regard sur l'évolution qui s'est produite en Italie à ce sujet. Il n'est pas inintéressant d'examiner comment s'est affirmée l'obligation du juge de rechercher la loi étrangère et de se pencher sur les conditions de mise en œuvre de l'obligation ainsi définie.

I. L'affirmation du devoir du juge de rechercher la loi étrangère

La *Loi de réforme du système italien de droit international privé du 31 mai 1995*⁷ détermine clairement l'étendue de la tâche du juge lorsque le procès doit être résolu par l'application de normes étrangères. Par son article 14⁸, cette loi se prononce en fa-

1988, à la p. 549 ; G. Morelli, *Diritto processuale civile internazionale*, 2^e éd., Padoue, Cedam, 1954 au n° 32 et s. ; G. Broggin, «Conoscenza e interpretazione del diritto straniero» [1954] *Annuaire suisse de droit international* 105 ; S. Satta, «Iura novit curia» [1955] *Riv. trim. dir. proc. civ.* 380 ; G. Pau, «L'attuazione processuale delle norme italiane di diritto internazionale privato nel loro riferimento alle leggi straniere» dans *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi*, vol. 2, Milan, Giuffrè, 1957, 185 ; C. Sapienza, «Il principio "iura novit curia" e il problema della prova delle leggi straniere» [1961] *Riv. trim. dir. proc. civ.* 41 ; G.A. Micheli, «Iura novit curia» [1961] *Rivista di diritto processuale* 575 ; R. Monaco, *L'efficacia della legge nello spazio*, Turin, U.T.E.T., 1964 au n° 55 ; M. Cappelletti, «Il trattamento del diritto straniero nel processo civile italiano» [1966] *Riv. dir. int.* 299 ; E. Vitta, *Diritto internazionale privato*, vol. 1, Turin, U.T.E.T., 1972 à la p. 217.

⁷ Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, supplément ordinaire, n° 128 du 3 juin 1995, Série générale 1995.I.I. La traduction française de cette loi est proposée dans [1996] *Rev. crit. D.I.P.* 174 [ci-après *Loi du 31 mai 1995*].

Sur cette loi, voir G. Novelli, *Compendio di diritto internazionale privato e processuale*, 4^e éd., Naples, Esselibri, 1995 ; M. R. Saulle, *Lineamenti del nuovo diritto internazionale privato*, Naples, Scientifiche Italiane, 1995 ; F. Mosconi, *Diritto internazionale privato e processuale*, Turin, U.T.E.T., 1996 ; N. Boschiero, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Turin, Giappichelli, 1996 ; F. Pocar *et al.*, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1996 ; M. Giorgianni *et al.*, *La riforma del sistema di diritto internazionale privato e processuale*, Milan, Giuffrè, 1996 ; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1999 ; F. Pocar, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milan, Giuffrè, 1997 ; S. Annibale, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1997 ; T. Ballarino, *Fondamenti di diritto internazionale privato e processuale*, Padoue, Cedam, 1998. En français, voir G. Broggin, «La nouvelle loi italienne de droit international privé» [1996] *Rev. suisse dr. int. dr. eur.* 1 ; A. Giardina, «Les caractères généraux de la réforme» [1996] *Rev. crit. D.I.P.* 1 ; P. Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padoue, Cedam, 1998.

⁸ Celui-ci dicte que :

- (1) L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia ; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate.
- (2) Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento

veur d'un élargissement des devoirs du juge en considérant que la recherche du contenu de la loi étrangère pèse par principe sur lui. Afin de prendre l'entière mesure de la solution ainsi énoncée et de l'avancée qu'elle réalise, il apparaît utile de présenter l'état de la jurisprudence antérieure à 1995.

A. *Les hésitations jurisprudentielles antérieures à 1995*

La position de la jurisprudence italienne⁹ fut longtemps sans équivoque. Il ne faisait aucun doute que la Cour de cassation n'entendait pas imposer aux juges du fond une activité de recherche de la loi étrangère, activité qu'ils n'auraient pas eu, dans la plupart des cas, les moyens de conduire. Si elle admettait que les juges *pouvaient* utiliser leurs connaissances personnelles des législations étrangères ou procéder d'office à des recherches relatives à celles-ci, la Haute Juridiction italienne n'hésitait pas à affirmer que «le droit étranger est soumis, en ce qui concerne la preuve, au régime des faits»¹⁰.

Quelques décisions vinrent toutefois mettre en cause ces certitudes. Dans un arrêt du 13 avril 1959¹¹, la Cour de cassation italienne considéra que le problème de la connaissance de la loi étrangère ne pouvait pas se résoudre sur la base de la notion de charge de la preuve mais devait être résolu par la voie d'une collaboration du juge et des parties. Prolongeant ce premier mouvement, une décision du 29 janvier 1964¹² procéda à une véritable révolution en la matière. Selon les termes mêmes de cette décision, «le juge italien [...] doit connaître directement [la loi étrangère] ou s'en procurer la connaissance». C'était là se prononcer en faveur de l'égalité des lois nationale et étrangère sur le plan procédural.

Le progrès ainsi réalisé ne put toutefois pas s'inscrire dans la durée. L'évolution ultérieure de la jurisprudence fut marquée par une grande instabilité. Dès 1967, les tribunaux balancèrent successivement, selon les affaires qui leur étaient soumises, en-

eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana.

⁹ Sur l'évolution de la jurisprudence italienne sur ce point, voir notamment G. Strozzi, «Iura novit curia (Diritto internazionale privato e processuale)» dans *Enciclopedia giuridica*, vol. 18, Rome, 1990 ; M. Rubino-Sammartano, «Il giudice nazionale di fronte alla legge straniera» [1991] Riv. dir. int. priv. proc. 315 ; S.M. Carbone, «Il diritto straniero ed il giudice italiano : presente e prospettive di sviluppo» [1991] Riv. dir. int. 838 ; N. Boschiero, «Norme di diritto internazionale privato "facoltative" ?» [1993] Riv. dir. int. priv. proc. 541..

¹⁰ Cass. it., 29 janvier 1936, Riv. dir. int. 1936.290. Dans le même sens, voir Cass. it., 23 mai 1930, Foro it. 1931.I.968 ; Cass. it., 4 octobre 1951, Giurisprud. it. 1952.I.108 ; Cass. it., 30 mars 1955, Foro it. 1955.I.1486 ; Cass. it., 30 avril 1955, Giust. civ. 1955.I.1863 ; Cass. it., 20 octobre 1956, Riv. dir. int. 1957.415 ; Cass. it., 14 juin 1957, Giurisprud. it. 1958.I.604 ; Cass. it., 27 avril 1957, Giust. civ. 1957.I.1728.

¹¹ Cass. it., 13 avril 1959, Foro it. 1960.I.1862, J.D.I. 1961.822 (note E. Barda). Voir aussi Cass. it., 16 mai 1963, Giust. civ. Massimario 1963.593.

¹² Cass. it., 29 janvier 1964, Riv. dir. int. 1964.644 (note P. Lamberti Zanardi), J.D.I. 1966.681 (note E. Barda). Voir aussi Cass. it., 16 février 1966, Riv. dir. int. priv. proc. 1966.571.

tre trois orientations. Renouant avec la position antérieure à 1959, les juridictions italiennes imposèrent parfois aux parties de prouver les normes étrangères dont elles se prévalaient¹³. D'autres fois, elles se montrèrent favorables, dans le prolongement de l'arrêt du 29 janvier 1964, à une extension de l'office du juge à l'égard de la loi étrangère¹⁴. Dans d'autres hypothèses, enfin, elles se déclarèrent favorables à un régime hybride associant, dans un esprit de coopération, les efforts du juge et des parties¹⁵.

De telles hésitations ne faisaient, à n'en point douter, que refléter la difficulté qu'il pouvait y avoir à vouloir concilier le respect des principes généraux de la procédure civile — qui militaient en faveur d'une conception élargie du rôle du juge — et la nécessité de ménager les juges du fond dont la familiarité avec le droit international privé et le droit comparé n'est pas toujours évidente. Analysé en ces termes, le problème apparaissait cependant insoluble. L'insuccès des tentatives répétées faites par la Cour de cassation italienne pour renforcer les devoirs du juge en ce domaine en constituait la démonstration. C'est donc de l'initiative du législateur qu'il fallut attendre le changement.

B. L'intervention législative du 31 mai 1995

Les incertitudes caractérisant la jurisprudence n'étaient pas seulement déplorables sur le plan de la politique juridique, en n'offrant aux plaideurs aucune orientation stable. En laissant la porte ouverte au système qui impose aux parties de prouver la teneur des lois étrangères, elles venaient heurter, par ailleurs, les arguments avancés par la doctrine qui penchait en faveur de l'élargissement de l'office du juge.

L'un des arguments les plus puissants en faveur de l'élargissement de l'office du juge consistait à considérer la nature de la loi étrangère. En partant de l'idée que le droit étranger, tout comme le droit national, est un ensemble de règles générales et abstraites, constituant la majeure du syllogisme juridique et pouvant faire l'objet d'une sanction judiciaire, on faisait valoir qu'il était inconcevable de placer le juge dans une situation différente de celle qu'il occupe lorsqu'il applique une norme nationale¹⁶.

¹³ Voir par ex. Cass. it., 26 octobre 1967, Riv. dir. int. priv. proc. 1968.869 ; Cass. it., 12 janvier 1978, Riv. dir. int. priv. proc. 1979.677 ; Cass. it., 18 mai 1978, Giurisprud. it. 1979.I.1165 ; Cass. it., 1^{er} avril 1980, Riv. dir. int. priv. proc. 1981.500 ; Cass. it., 19 janvier 1985, Riv. dir. int. priv. proc. 1986.344 ; Cass. it., 29 janvier 1993, Riv. dir. int. priv. proc. 1994.104. La charge de la preuve pesait, dans ce cadre, sur la partie qui invoquait l'application de la loi étrangère.

¹⁴ Voir par ex. Cass. it., 23 février 1978, Riv. dir. int. priv. proc. 1978.814.

¹⁵ Voir par ex. Cass. it., 1^{er} juillet 1968, Riv. dir. int. priv. proc. 1969.996 ; Cass. it., 19 juin 1972, Riv. dir. int. priv. proc. 1973.637 ; Cass. it., 18 mai 1995, Riv. dir. int. priv. proc. 1996.330. Voir aussi Cass. it., 3 avril 1970, Riv. dir. int. priv. proc. 1971.617 ; Cass. it., 13 avril 1992, Riv. dir. int. priv. proc. 1993.703.

¹⁶ Voir notamment G. Morelli, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Naples, Jovene, 1949 au n° 9 ; M. Scerni, «Considerazioni in merito all'accertamento del diritto straniero» [1967] Riv.

De manière plus concrète, on ajoutait d'autres arguments. Le système dit de la preuve de la loi étrangère, consacré dans une certaine mesure par la jurisprudence italienne, ne semblait pas apte à permettre une pleine compréhension des normes applicables. Selon ce système, chaque plaideur ne devait, en effet, établir que les seuls éléments invoqués pour soutenir ses prétentions. Il se produisait donc une décomposition du droit positif étranger, qui pouvait être établi en partie par le demandeur et en partie par le défendeur. Autant dire que ce système ne favorisait en rien l'intelligibilité du droit¹⁷. Surtout, ce système n'offrait aucune garantie. Il était tout d'abord un facteur d'inégalité entre les plaideurs puisqu'il faisait peser une charge égale sur le plaideur disposant des moyens matériels et financiers de s'informer du droit applicable et sur le plaideur dépourvu de ces moyens. Ensuite, rien n'attestait que le juge pouvait faire confiance aux informations fournies par les parties. Bien au contraire, l'intérêt de celles-ci n'était pas de faire une présentation objective du droit étranger, mais plutôt de fournir des éléments propres à soutenir leurs vues, ce qui pouvait les amener, si ce n'est à déformer le droit positif, du moins à n'en retenir que les seuls éléments qui leur étaient favorables. Enfin, ce système tendait à faire oublier que le procès n'intéresse pas seulement les plaideurs. Au-delà des enjeux particuliers de la controverse, tout procès concerne l'intérêt public. L'intérêt public est toujours sous-jacent lorsqu'il s'agit de savoir si une norme — fut-elle étrangère — a été transgressée. Or, cet intérêt public ne semblait pouvoir être pris en charge, en cette matière, que par le juge.

La force de ces arguments — qui, il est vrai, n'emportent guère la conviction des juristes de common law — n'a pas échappé au législateur italien. Grâce à l'impulsion décisive qu'a donnée le grand internationaliste E. Vitta au projet de loi, celui-ci s'est incliné devant les objurgations de la doctrine. L'article 14 de la *Loi du 31 mai 1995*¹⁸ utilise à cet égard une formule particulièrement forte : «l'établissement de la loi étrangère est réalisé d'office par le juge»¹⁹. Dans un esprit très pragmatique, ce même article 14, en son second alinéa, ajoute que le juge peut s'appuyer sur l'aide des parties²⁰. La précision ainsi donnée est heureuse puisque cette collaboration du juge et des parties, même si elle a parfois été contestée dans son principe²¹, se révèle souvent être en pratique primordiale²².

dir. int. priv. proc. 7 au n° 2 ; W. Zannini, «Il trattamento processuale delle norme di diritto internazionale privato e delle norme straniere richiamate» [1967] *I Diritto Internazionale* 152 au n° 3.

¹⁷ Voir G. Broggin, «Sulla presunta prova della legge straniera» dans *Cass. it.*, 14 juin 1957, *Giurisprud. it.* 1958,603 à la p. 615 ; B. Vouilloz, *Le rôle du juge civil à l'égard du droit étranger*, Fribourg, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1964 à la p. 84.

¹⁸ *Supra* note 7.

¹⁹ Pour une application de ce texte, voir Gênes, 11 septembre 1997, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1998,576.

²⁰ Précisons qu'il ressort de la formulation de l'art. 14 que l'aide apportée par les parties ne doit avoir qu'un caractère accessoire.

²¹ Voir M. Rubino-Sammartano, *supra* note 9 au n° 12.

²² Voir notamment P. Fedozzi, *Il diritto processuale civile internazionale, Parte generale*, Bologne, Zanichelli, 1905 à la p. 447 ; J.A. Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado. Introducción a sus*

II. La mise en œuvre de l'office du juge

C'est toutefois une chose de poser un principe. C'en est une autre d'assurer son effectivité. Le législateur italien ne s'est évidemment pas désintéressé de cet aspect. Il a également dû envisager l'hypothèse dans laquelle les efforts du juge faits en vue d'individualiser le contenu des normes applicables n'aboutiraient pas.

A. L'accès à l'information sur la loi étrangère

Dans une formule dont on peut regretter la trop grande généralité, l'article 14 de la *Loi du 31 mai 1995* mentionne de manière non exhaustive les moyens d'information auxquels le juge peut recourir pour prendre connaissance des lois étrangères²³. Si l'on fait abstraction de la possibilité accordée au juge, par cette disposition, de solliciter les services du Ministère de la justice en vue d'obtenir des renseignements concernant la norme applicable, deux catégories d'instruments méritent de retenir l'attention.

Il s'agit, en premier lieu, de la possibilité offerte au juge de désigner un expert ou de faire appel à un organisme spécialisé dans le domaine du droit comparé. La précision ainsi apportée est digne d'être remarquée puisqu'elle devrait inciter le juge italien à recourir à ces moyens d'information qui ont été jusqu'à présent peu utilisés en Italie.²⁴ Il est dès lors à espérer que les divers instituts universitaires de renom que compte l'Italie dans le domaine de l'étude des droits étrangers — citons simplement les centres de Milan, Trente, Padoue et Florence — n'hésiteront pas à collaborer largement avec les juridictions.

Il s'agit, en second lieu, des conventions internationales qui, à titre principal ou accessoire, prévoient des mécanismes visant à faciliter l'accès aux lois étrangères. L'Italie a conclu de nombreux accords bilatéraux avec des États tiers en vue de rendre moins ardue la tâche du juge confronté à un litige international. Il n'est besoin que de mentionner les accords conclus, par exemple, avec la Hongrie, la Turquie ou l'Autriche. L'Italie est, en outre, partie à la *Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger*, signée à Londres le 7 juin 1968²⁵. Même si les tribunaux n'en ont fait jusqu'à présent qu'un usage des plus modérés, l'importance de

problemas fundamentales, Madrid, Tecnos, 1971 à la p. 257 ; F. Pocar, «Le disposizioni generali sui conflitti di leggi nel progetto italiano di riforma del diritto internazionale privato» dans F. Matscher et I. Seidl-Hohenveldern, dir., *Europa im Aufbruch. Festschrift F. Schwind*, Vienne, Manzsche Verlags et Universitätsbuchhandlung, 1993, 117 au n° 5.

²³ Le législateur n'autorise pas ainsi expressément le juge à s'appuyer sur des ouvrages de doctrine ou sur des jugements antérieurs dont il pourrait tirer des informations quant à l'état du droit étranger, ou sur les consultations fournies par les parties. Il est toutefois évident que le législateur n'a pas entendu exclure la possibilité de recourir à ces documents. Même si elle n'est pas explicitement consacrée, la liberté laissée au juge dans le choix des moyens d'information demeure en effet indiscutée.

²⁴ Voir Venise, 6 juillet 1998, Riv. dir. int. priv. proc. 1999.92.

²⁵ 7 juin 1968, S.T.E. 62 (entrée en vigueur : 17 décembre 1969).

cette Convention doit être soulignée²⁶. Elle ne lie en effet pas moins de 36 États et permet aux juridictions requérantes d'obtenir, en général assez rapidement, des renseignements concernant les domaines civil et commercial²⁷.

B. Le défaut d'établissement du contenu du droit étranger

Il aurait toutefois été quelque peu irréaliste pour le législateur de se limiter à envisager les moyens d'information dont le juge peut bénéficier, sans se préoccuper de l'hypothèse dans laquelle les recherches destinées à accéder au droit étranger se révéleraient vaines. Même si les modes d'information dont dispose le juge peuvent être performants, il n'est pas à exclure qu'ils se révèlent insuffisants. L'hypothèse se présentera avant tout pour les droits exotiques. Mais elle pourra également surgir à propos de droits voisins sur le plan géographique ou juridique.

À ce propos, le législateur s'est engagé dans une voie prudente. L'on sait que, dans l'hypothèse où le droit étranger compétent demeure inconnu, diverses solutions sont théoriquement envisageables. Il est concevable de substituer à la règle étrangère défailante une règle tirée d'un ordre juridique proche, voire de faire application des principes généraux communs aux différents systèmes juridiques. On pourrait aussi envisager, de manière plus radicale, de rejeter les demandes fondées sur la loi étrangère restée inconnue. Les insuffisances de ces propositions sont toutefois évidentes. C'est pourquoi le législateur italien a préféré opter en faveur de directives qui présentent l'avantage d'être facilement mises en œuvre. Deux cas doivent être distingués. Lorsque la règle de conflit prévoit un rattachement subsidiaire, le juge est invité à procéder à l'application de la loi étrangère désignée en second lieu. Encore faut-il remarquer que les règles de conflit prévoyant des rattachements subsidiaires demeurent rares en Italie. Lorsqu'un tel rattachement n'est pas prévu ou lorsque le contenu de la loi subsidiairement désignée ne peut lui-même être établi, il ne reste plus au juge qu'à faire application de la loi italienne²⁸. Cette solution, qui a le mérite de la simplicité, s'impose, mais elle présente un risque. Il est à craindre que le juge peu soucieux du respect des objectifs du droit international privé ne profite de cette directive pour revenir vers le droit national, même lorsque la détermination de la substance de la loi

²⁶ Sur cette convention, voir G. Brulliard, «La convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, et l'influence qu'elle peut avoir sur l'application de la loi étrangère dans la nouvelle procédure civile» [1973] *La semaine juridique* 2580 ; J.A.T. Ortiz de la Torre, «El conocimiento del derecho extranjero y la adhesión de España al Convenio de Londres del 7 de junio de 1968» [1974] *Revista general de legislación y jurisprudencia* 721 ; H.A. Desmedt, «La Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, faite à Londres le 7 juin 1968» [1974] *Journal des Tribunaux* 97 ; B.J. Rodger et J. Van Doorn, «Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention» (1997) 46 *I.C.L.Q.* 151.

²⁷ Le texte de cette Convention et la liste des États liés peuvent être consultés sur le site Internet du Conseil de l'Europe, en ligne : <<http://www.coe.fr/fr/txtjur/62fr.htm>> (dernière modification : 4 juin 1999).

²⁸ Pour une illustration, voir Milan, 20 mars 1998, *Riv. dir. int. priv. proc.* 1998.170 (C.A.) ; Modène, 11 juillet 1998, *Giurisprud. it.* 1999.50.

étrangère n'est pas objectivement impossible. Il lui suffira en effet d'indiquer de manière formelle dans sa décision qu'il a procédé — en vain — à la réalisation de recherches portant sur la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Il pourra alors regagner le giron confortable du droit italien.

Conclusion

L'impression dégagée par la loi de réforme demeure cependant très positive. Le législateur italien a su mettre un terme aux incertitudes qui régnaient dans la jurisprudence en fixant, en particulier, le rôle du juge dans le processus de détermination du contenu de la loi étrangère. Son mérite est d'autant plus grand qu'il a utilisé, pour imposer sa volonté, une formule dépourvue d'ambiguïté et qui vaut pour l'ensemble du contentieux, indépendamment de la nature des droits litigieux. Il reste à espérer que l'expérience italienne incitera les États qui demeurent aujourd'hui partisans du système dit de la preuve de la loi étrangère à évoluer vers un élargissement de l'office du juge. Sans doute ce souhait apparaît-il quelque peu irréaliste à l'égard des pays de common law. Du moins peut-on espérer que les pays européens qui, à l'instar de la France, hésitent encore à l'heure actuelle à alourdir les obligations du juge en ce domaine, trouveront dans l'exemple italien un motif supplémentaire de revoir leur position.
