

Si les controverses entourant la reconnaissance des situations – et, singulièrement, la méthode de la reconnaissance – se sont sensiblement apaisées, il serait bien aventureux de tenir le sujet pour clos. Les histoires ne trouvent pas facilement de fin, et les développements futurs de la vie juridique internationale se chargeront sans doute de montrer que celle du

traitement des situations constituées à l'étranger n'échappe pas à la règle. Rien ne préparera mieux à la suite de cette histoire que la compréhension de ses premiers chapitres et l'on ne pourra que recommander, à tous ceux qui s'y intéresseront, la lecture de l'ouvrage du Pr Samuel Fulli-Lemaire.

Sylvain Bollée

Personalized Law. Different Rules for Different People, par Omri Ben-Shahar et Ariel Porat, Oxford University Press, 2021, 264 pages.

L'ouvrage recensé ici est, à bien des égards, assez surprenant pour le lecteur internationaliste de droit privé. Cependant, le sujet abordé est loin d'être sans intérêt pour la discipline et les questions qu'elle a vocation à traiter.

L'ouvrage porte sur le thème du droit personnalisé. Dans le contexte domestique, l'idée renvoie à l'adoption d'une approche au cas par cas généralement cantonnée au seul domaine de la prise de décisions individuelles administratives ou judiciaires (l'on pense par exemple ici à la défense culturelle en droit pénal – v. par ex. M.-C. Foblets et A. Dundes Renteln (dir.), *Multicultural Jurisprudence: Comparative Perspectives on the Cultural Defence*, Hart Publishing, 2009), mais Omri Ben-Shahar (université de Chicago) et Ariel Porat (université de Tel-Aviv) l'étendent ici au stade de la réglementation qui s'applique en amont pour établir les comportements légaux et illégaux. À cet égard, la notion de personnalisation du droit peut résonner pour l'international privatiste avec la conception personnelle de la loi applicable, largement associée au travail de Mancini selon lequel c'est la nationalité et non le territoire qui doit déterminer la loi applicable. La loi applicable est donc personnelle, en ce sens qu'elle suit les individus à travers les frontières. C'est néanmoins d'un autre type de personnalisation de la loi qu'il est question ici. En effet, suivant une analyse écono-

mique du droit, les auteurs proposent de remplacer les lois générales, établissant les mêmes règles pour tous, par des règles à géométrie variable, si bien qu'un même comportement pourrait être autorisé ou prohibé lorsqu'il est celui d'une personne A, mais pas quand il est adopté par un individu B. Pour mettre en place ce modèle réglementaire, le législateur devrait se baser sur le Big Data et sur une série de critères à déterminer pour imposer des règles différentes à des individus différents. Ainsi, l'on pourrait adapter la loi en fonction des profils des individus afin d'éviter la mise en place de règles générales produisant des effets différents et donc inégaux en fonction des individus concernés. En effet, comme l'expliquent les auteurs, au sein du modèle réglementaire actuel fondé sur l'uniformité de la règle, si les législateurs estiment, par exemple, que les emprunteurs hypothécaires ont besoin de protections supplémentaires – tel un droit de retrait –, ils accordent la protection dans une mesure égale à tous. Une loi personnalisée offrirait différents ensembles de protections aux emprunteurs ou autres consommateurs, en fonction de leurs besoins spécifiques. En outre, au fur et à mesure que des informations deviennent disponibles sur les différences pertinentes entre les individus – par exemple, qui présente un risque plus élevé quant à la consommation d'alcool à tel ou tel âge ? –, le traitement juridique pourrait s'adapter à cette diversité.

L'ouvrage développe ainsi cette idée du droit personnalisé en plusieurs étapes qui correspondent aux divers chapitres, tout en répondant aux craintes légitimes du lecteur quant aux valeurs sociales potentiellement menacées par le modèle personnalisé, qui plus est lorsque ce dernier est fondé sur le Big Data. Laissons ici ouverte la question de savoir si l'ouvrage répond effectivement à de telles craintes. En tous les cas, de l'aveu des auteurs, l'ouvrage lui-même ne peut répondre à la question de l'étendue que devrait avoir le droit personnalisé, si ce n'est que celle-ci devrait être amplifiée par rapport à celle qui lui est reconnue dans le modèle actuel où il connaît quelques applications exceptionnelles sur un fond d'uniformité – comme en droit de la responsabilité délictuelle, lequel impose aux tribunaux d'attribuer à chaque victime une indemnisation égale à sa perte idiosyncrasique, ou en droit pénal dans la mesure où la sanction de chaque délinquant doit être adaptée en fonction d'une évaluation personnalisée du risque de récidive. Ainsi, l'ouvrage présente-t-il le droit personnalisé en tâchant de lui attribuer la plus grande portée possible, tout en précisant qu'il ne s'agit pas d'un manuel de réforme, l'ouvrage étant conçu pour être « une référence méthodologique » (p. 12). Dès lors, l'argument des auteurs est qu'un certain degré de personnalisation de la loi est justifié lorsqu'il s'avérerait à la fois bénéfique (en tant qu'il créerait plus d'égalité entre des sujets différents que les règles uniformes), réalisable (car la personnalisation a un coût – v. p. 52 s.) et à l'abri des dangers que cela peut engendrer (sur lesquels nous reviendrons *infra*). La question de la portée du droit personnalisé est donc explorée sans être résolue, en prenant en compte deux dimensions : l'une dite « extensive » et une autre dite « intensive ». La dimension extensive concerne les branches du droit et les questions spécifiques à ces branches du droit qui pourraient être soumises au droit personnalisé. Quant à la dimension intensive, elle a trait au nombre de facteurs

utilisés pour personnaliser chaque règle juridique – soit le nombre de caractéristiques individuelles qui seraient utilisées pour différencier les personnes lors de la prescription de règles personnalisées. Nous aurions personnellement ajouté une troisième dimension, qualitative, concernant les facteurs pertinents à prendre en compte. Les auteurs mentionnent la difficulté du choix des facteurs, mais semblent la trouver moindre dans la mesure où, selon eux, il est notamment évident que les facteurs cognitifs doivent primer sur les autres. En effet, de l'avis des auteurs :

« La cognition est la caractéristique la plus personnelle, celle qui varie si profondément d'une personne à l'autre, et pourtant nos lois traitent actuellement les gens comme s'ils étaient uniformément limités sur le plan cognitif. Par conséquent, en distribuant des protections à taille unique à tous, ces lois traitent moins pertinemment les plus méritants » [traduction personnelle de « *Cognition is the most personal of characteristics, one that varies so richly across people, and yet our laws currently treat people as if they are uniformly cognitively limited. Consequently, by handing out the protections one-size to all, these laws dilute the treatment to those most deserving* ».] (p. 13).

En outre, les auteurs précisent que le droit personnalisé n'est pas un système de « crédit » social pour évaluer la fiabilité et la loyauté des personnes. Dès lors, les opinions politiques ou la moralité civique ne pourraient pas constituer en tant que tels des critères de personnalisation des règles.

C'est dans ce cadre fixé que, dans une première partie qui suit le chapitre introductif (Chap. 1), les auteurs décrivent le droit personnalisé et en présentent les avantages. Ainsi, le chapitre 2 décrit un modèle de droit personnalisé par rapport à plusieurs référentiels comparatifs. Dans ce contexte, il est notamment relevé que si le droit personnalisé est une

théorie juridique révolutionnaire, il n'est aussi remarquablement pas nouveau. En effet, l'idée que les règles doivent être adaptées aux caractéristiques propres aux individus existe depuis des millénaires, et pas seulement en droit. Dans la religion chrétienne par exemple (et, à notre connaissance, dans la religion musulmane également, notamment pour ce qui concerne l'*Aïd al-Adha*), le cinquième commandement – « Honore ton père et ta mère » – demande de l'obéissance, du soutien matériel et de la chaleur personnelle, mais les exigences spécifiques varient d'une personne à l'autre (v. p. 29 s.). Ensuite, le chapitre 3 expose l'un des arguments centraux de l'ouvrage, à savoir qu'une loi personnalisée pourrait mieux remplir les objectifs de tout système de règles. Autrement dit, ce chapitre vise à démontrer que, quels que soient les objectifs qui sous-tendent une loi spécifique, ils peuvent être mieux remplis si les personnes sont traitées comme si elles n'étaient pas interchangeables. Pour ce faire, les auteurs se penchent sur plusieurs domaines non juridiques et examinent comment l'adoption de modules personnalisés a amélioré leur performance – en postulant qu'il n'y a pas de raison que les mêmes conséquences n'aient pas lieu en droit. C'est l'avantage universel que les auteurs appellent la « propriété de la précision » (*precision property* – v. p. 41 s.). Ainsi, ils rappellent notamment que les chaussures sur mesure s'adaptent mieux que la taille unique, que les plans de nutrition personnalisés produisent des régimes plus efficaces que les plans de repas standard et que la médecine basée sur des diagnostics personnalisés guérit mieux que les traitements uniformes. Dans ce cadre, ce qui importe n'est pas seulement la personnalisation des règles, mais aussi la communication des avantages et désavantages liés au respect ou au non-respect de la règle (en droit), de la recommandation (en médecine), de la proposition (d'achat, par exemple, en matière de consommation). À cet égard, il faut rappeler que les

analyses économiques du droit prennent pour acquis que les individus suivent les règles juridiques dans la mesure où leur calcul coût-bénéfice du respect ou de la violation de la règle leur indique de la respecter (et non l'autorité ou la légitimité du droit à gouverner le comportement des individus, par exemple), étant entendu qu'ils feront un meilleur calcul s'ils sont mieux informés des coûts et bénéfices. En même temps, les auteurs soutiennent que les avantages des règles personnalisées sont « si évidents et plausibles » qu'il n'est pas nécessaire de consacrer un espace trop important à la démonstration de leur potentiel (p. 13). De notre point de vue non économique, cependant, il doit être concédé que le parallèle entre le droit, les chaussures, la nutrition et la médecine ne convainc pas tout à fait et peut même laisser quelque peu sceptique.

La seconde partie donne quelques indications sur la manière dont le droit personnalisé fonctionnerait concrètement. Ainsi, les auteurs présentent trois « prismes » correspondant à trois chapitres. Le chapitre 4 d'abord propose trois exemples de droit personnalisé dans des domaines juridiques spécifiques qui apparaissent comme de bons candidats pour l'application des règles personnalisées, soit le droit de la responsabilité délictuelle, le droit de la consommation et le droit pénal. Ces exemples sont : (i) l'obligation de *Common Law* de prendre des précautions raisonnables qui serait fondée sur le critère du « raisonnable soi » en fonction des compétences et risques individuels, et non par référence aux traits moyens d'un groupe de référence (v. p. 61 s.) ; (ii) les droits statutaires qui protègent les consommateurs contre les pratiques abusives et qui varieraient en fonction de la valorisation de la protection par le consommateur, étant entendu que les vendeurs seraient tenus d'offrir des protections personnalisées et de facturer des prix différents en fonction de cela (v. p. 71 s.) ; et (iii) les sanctions pénales, qui seraient dépendantes du

calcul coût-bénéfice de chaque individu quant au respect ou non de la loi pénale en vue d'accomplir l'objectif de dissuasion (v. p. 76 s.). Le deuxième prisme, adopté au chapitre 5, conduit les auteurs à présenter un ensemble de techniques réglementaires comme les règles supplétives et la compensation monétaire du dommage, afin de montrer à quel point ces techniques sont améliorées – entendez : sont mieux à même de remplir l'objectif législatif en cause – lorsqu'elles sont personnalisées. Le troisième prisme proposé, au chapitre 6, déplace la focale du droit lui-même vers les facteurs qui influencent les réactions des individus face à ce droit, en prenant l'exemple de l'âge. Les auteurs montrent ainsi comment la prise en compte de l'âge pour donner accès à certains droits en rendant légales certaines situations (par exemple, le droit de conduire à partir d'un certain âge ou le droit à la retraite à partir de tel âge) pourrait bénéfiquement varier selon les personnes.

Les troisième et quatrième parties sont dédiées à l'anticipation des problèmes du droit personnalisé et des valeurs sociales qu'il menace, ainsi qu'à l'évaluation de cette menace. En cela, elles développent plusieurs points déjà abordés de manière succincte par rapport à chacun des cas de figure présentés dans la deuxième partie (concept juridique, technique juridique, facteur pertinent). Ainsi, la troisième partie adresse la question de la compatibilité du droit personnalisé avec le principe d'égalité. Plus précisément, le chapitre 7 examine la question de savoir si le droit personnalisé est contraire aux exigences égalitaires de la justice distributive – qui constitue cependant, pensons-nous utile de préciser, une façon de réaliser le principe d'égalité qui est choisie par les autorités étatiques uniquement lorsqu'elle correspond à leurs idéaux politiques. Sous réserve de partir du postulat de la nécessité de remplir l'objectif de la justice distributive donc, les auteurs soutiennent que rien dans le

cadre du droit personnalisé ne viole l'égalité devant la loi. Au contraire, le traitement personnalisé fournirait des outils pour distribuer les droits et obligations d'une manière plus conforme à l'idéal égalitaire, notamment parce qu'il permet de prendre en compte plus de critères que la loi uniforme. Par exemple, la compensation du dommage moral après une rupture de contrat dans le cadre d'une action collective (typiquement, une action des consommateurs envers le vendeur) pourrait dépendre d'un test personnalisé établi par la loi – et non d'une analyse au cas par cas faite par le juge. Ce test déterminerait en effet les personnes susceptibles d'avoir souffert d'un tel dommage et dans quelle mesure. Tous les demandeurs ne recevraient ainsi pas la même somme (p. 124). Le chapitre 7 montre par ailleurs comment le droit personnalisé pourrait concilier les objectifs de justice distributive avec d'autres objectifs sociaux, dans les cas où le droit personnalisé favorise ces autres objectifs au détriment de la justice distributive, aggravant *a priori* l'inégalité (par exemple, dans le cas où une réglementation routière prévoirait des sanctions plus élevées pour les utilisateurs plus risqués, qui sont parfois déjà des personnes vulnérables, au vu de leur âge ou de leurs capacités cognitives), en adaptant les dimensions extensive et intensive – v. p. 127 s. Quant au chapitre 8, il montre la compatibilité du droit personnalisé avec les normes constitutionnelles en matière d'égalité, en tout cas du point de vue du droit américain de l'*Equal Protection Clause*. Il faudrait encore examiner la question du point de vue du droit européen et du droit français. À ce stade, seul l'examen des biais impliqués par les facteurs générés par des algorithmes, potentiellement contraire au principe de non-discrimination – une question que les auteurs abordent dans le chapitre 7 –, a fait l'objet de discussions dans la littérature, étant entendu qu'elle n'est pas propre au droit personnalisé (v. par ex. O. Osoba et W. Welser, *An Intelligence in Our Image: the Risks of Bias and Errors*

in *Artificial Intelligence*, Rand Corporation, 2017 ; Y. Katz, *Artificial Whiteness: Politics and Ideology in Artificial Intelligence*, Columbia University Press, 2020). À cet égard, il faut noter que la discrimination engendrée par le Big Data est une question controversée, même si elle est réfutée dans l'ouvrage commenté (v. p. 132 s.).

La dernière partie du livre (partie IV) examine les défis liés à la mise en œuvre du droit personnalisé, au-delà du respect de l'impératif de justice et d'égalité, pour montrer qu'ils sont surmontables. Ces défis concernent : la coordination des règles individuelles (comment, par exemple, assurer que la pratique de différents standards de vitesse par les automobilistes ne conduit pas à une situation chaotique, à des rivalités entre les citoyens, et peut-être même à plus d'accidents ? – v. Chap. 9) ; la manipulation des critères de personnalisation par les individus afin d'être soumis à telle ou telle règle plutôt qu'à une autre (Chap. 10) ; et le sujet brûlant de la collection et de l'utilisation des données personnelles par les autorités étatiques pour établir des règles juridiques différentes – un thème que les auteurs envisagent à nouveau du point de vue de droit américain, alors que, de ce côté-ci de l'Atlantique, nous serions bien sûr intéressés par un examen du point de vue du droit européen (Chap. 11). L'ouvrage se termine, en guise de conclusion (Chap. 12), par la discussion préliminaire d'une question fondamentale, mais pas spécifique, au projet proposé du droit personnalisé, soit les implications du remplacement de la discrétion humaine par l'intelligence artificielle pour établir et administrer les règles de droit. Ici encore, le livre doit être mis en résonance avec une littérature plus large (v. par ex. H. Jacquemin et A. de Streel, *L'intelligence artificielle et le droit*, Larcier, 2017 ; A. Bensamoun et G. Loiseau (dir.), *Droit de l'intelligence artificielle*).

À la lecture de cet ouvrage, il nous apparaît évident qu'il peut faire l'ob-

jet de commentaires fournis, mettant potentiellement en évidence des qualités remarquables ou des faiblesses que nous aurions manquées, à la fois du point de vue des analyses économiques du droit, de la protection des données personnelles, du droit à la non-discrimination face à l'intelligence artificielle, et de la technologisation du droit dans son ensemble. Sous un autre angle, nous proposons ici d'ouvrir un dialogue entre le droit international privé et le droit personnalisé. D'une part, l'on peut noter que l'ouvrage permet de faire prendre conscience à la discipline de sa propre propension, qui fait au demeurant partie du droit positif, à personnaliser la loi. En effet, en droit européen typiquement, la règle de conflit de lois prévoit notamment que le juge appliquera telle loi, sauf si une clause d'exception s'applique et lui commande de se référer à une autre loi plus appropriée (v. un exemple à l'article 4.3 du règlement Rome II, qui donne priorité au droit de l'État avec lequel, au vu de l'ensemble des circonstances, le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits qu'avec le pays du droit normalement applicable – en précisant qu'un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question). Il ne s'agit certes pas d'une individualisation des règles substantielles elles-mêmes, mais il est tout de même question d'appliquer un droit différent, et donc potentiellement des règles différentes, à des parties qui sont dans des situations différentes, comme dans le modèle de droit personnalisé de Ben-Shahar et Porat. D'autre part, le droit international privé recèle une autre forme de personnalisation du droit, absente du modèle du droit personnalisé, qui n'est pas décidée par le législateur mais est laissée à la disposition des parties elles-mêmes. En effet, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté qui trouve aujourd'hui de nombreuses applications dans plusieurs branches du droit international privé

européen (et américain, d'ailleurs), les parties peuvent choisir le droit applicable. Sans prétendre vanter dans l'absolu les mérites des possibilités de choix de loi offertes par le droit international privé, il nous semble qu'ils montrent au modèle de droit personnalisé présenté dans l'ouvrage sa possible limite : il ne laisse pas de place à l'autodétermination des règles applicables (et condamne d'ailleurs les citoyens qui voudraient

manipuler les critères de personnalisation – v. *supra*). En d'autres termes, c'est un modèle qui se dit centré sur les individus, et non sur la communauté (que les auteurs appellent peut-être un peu maladroitement « la colonie » – v. p. 11), mais qui vise en premier lieu à satisfaire la volonté du législateur, et non celle des individus.

Sandrine Brachotte

Theories of Legal Relations,

by Emmanuel Jeuland, Edward Elgar, 2023, 267 pages.

Legal theory is a curious subject. It is curious, first, because it is quite unnecessary to study the subject in order to become a good lawyer or even, perhaps, a good academic jurist. Indeed, one professor, in defending recently doctrinal legal scholarship, suggests that much that passes for legal theory probably does more harm than good. Secondly, it is curious because many courses and textbooks on the topic end up being little more than works of legal tourism: Week Five it must be Natural Law. Thirdly, it is curious because, as a topic in itself, theory has a very limited history. There were no law professorships dedicated to 'theory' before the nineteenth century, although this is not to say that there were no jurists (or philosophers) implicitly expounding views about law that could be classed today as theory (on which see JW Jones, *Historical Introduction to the Theory of Law*, Oxford University Press, 1940). It was the great jurists from Roman to more modern times who laid the foundations for what today are the principal theories of law. No doubt it would be cynical to claim that most of these theories expounded today are merely refurbished ideas from the past, but not that cynical. Fourthly, it is curious because many textbooks on legal theory (or jurisprudence) commit an error noted by Terry Eagleton, a literary theorist. That is to say, they commit category mistakes in placing

different 'theories' on the same level. They lay out things side by side that are not really comparable (T. Eagleton, *Literary Theory: An Introduction*, Blackwell, 2008, p. viii). Feminist jurisprudence, for example, is not to be approached on the same level as legal positivism, nor is legal reasoning as a topic to be seen as something equivalent to natural law or positivism.

No doubt the professor of jurisprudence would respond by arguing that all the topics to be found in a legal theory textbook are abstract reflections on law and thus can legitimately be collected together in a book or a university module and entitled 'theory'. But this, arguably, is to misuse the term 'theory'. If one turns to the social science epistemology, one can of course find the word 'theory' in the texts, but the more sophisticated works employ a much more precise range of notions and terms. Methods, models, schemes of intelligibility, programmes and paradigms – together with ontology and epistemology – are employed to distinguish the very different ways of engaging with a research topic or object, and this helps avoid the kind of category mistake identified by Eagleton. Moreover, one might note here the term 'ontology' (what exists). When applied to law, this raises another curious question: what is the ontological foundation of the principal legal