

JOURNAL DU DROIT INTERNATIONAL

paraissant tous les trois mois

FONDÉ EN 1874

par

EDOUARD CLUNET

Continué

de 1923 à 1948

de 1950 à 1993

de 1985 à 2002

par

ANDRE PRUDHOMME BERTHOLD GOLDMAN

par

par

PHILIPPE KAHN

Directeur :

JEAN-MICHEL JACQUET

Sous le haut patronage de

J. BÉGUIN, J.-D. BREDIN, J. DEHAUSSY

P. DRAI, M. GAUDET, J. LEMONTEY, M. LONG,

M. MARTIN, R. PINTO, A. PLANTEY, S. ROZÈS,

J. VASSOGNE, P. WEIL



JurisClasseur

Groupe LexisNexis

141, rue de Javel

75747 PARIS Cedex 15

2003

L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé

par

Jean-Luc Elhoueiss

Maître de conférences à l'Université Robert Schuman — Strasbourg III

Résumé

La présente étude porte sur la place tenue par l'élément d'extranéité dans le raisonnement conflictuel de type savignien. Selon la doctrine classique, il s'agit d'un élément de fait quelconque préalable à la mise en œuvre des règles de conflits de lois et, par suite, préalable à la désignation de la loi étrangère par le critère de rattachement. Cependant, un regard jeté sur le rôle joué par le concept d'extranéité au cours de la deuxième moitié du XIX^e pourrait modifier cette vision et retirer toute autonomie à cet élément d'extranéité — l'assimilant à l'élément de rattachement. Dans cette dernière perspective, le droit international privé ne serait plus subordonné à la découverte d'un élément d'extranéité dans la relation litigieuse mais définirait lui-même cet élément d'extranéité considéré comme une limite d'application dans l'espace des normes du for. Une telle présentation aurait l'avantage de résoudre un ensemble de difficultés théoriques portant en particulier sur la coordination des méthodes du droit international privé et sur l'application d'office de la règle de conflit.

Summary

This study focuses on the importance given to the foreign origin element when interpreting the conflict of laws according to the Savignian type of reasoning. According to classical legal theory, such an element is a fact or circumstance arising prior to implementation of the rules of the conflict of laws and, consequently, prior to the designation of the foreign law according to the criterion of choice-of-law rule. However, a glance at the role played by this concept of foreign origin in the latter half of the 19th C. might modify this view, so removing any autonomy from this concept — treating it as the choice-of-law element in its own right. From this standpoint, private international law would cease to be subordinate to the discovery of an element of foreign origin in the disputed relationship, but would itself define this foreign element, considered as a restriction on implementation in the arena of the forum state's legal rules. Presenting it in this light would have the benefit of resolving a whole raft of theoretical difficulties, in particular, relating to the coordination of private international law methodology, and to the choice-of-law rule being implemented as a matter of course.

L'extranéité est la qualité de ce qui est étranger ; telle est la définition que propose le Vocabulaire Capitant (1). Pour sa part, le droit international privé ne donne aucune définition précise de l'extranéité (2). L'on sait simplement que la découverte dans la relation de droit privé d'un ou plusieurs éléments d'extranéité écarte, dans un premier temps du moins, l'application des règles substantielles de droit interne au profit des règles de droit international privé. Cet élément préalable d'extranéité constitue un indice essentiel de la mise en œuvre des règles de conflits de lois. Selon que la relation litigieuse présente ou non un caractère international, manifesté par la présence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité, elle sera appréhendée par la réglementation conflictuelle ou sera directement régie par des normes matérielles internes. De cette subordination de la matière internationale à la découverte d'un élément d'extranéité, l'on peut déduire la place qui lui est attribuée dans l'ordonnement juridique par la doctrine classique : elle se situerait à l'intersection des normes de sources internes, applicables aux rapports internes, et des normes de sources étrangères, éventuellement invitées par le juge à se saisir des rapports internationaux.

Cette dualité entre les deux types de relations privées, internes et internationales, suppose une dualité bien plus fondamentale, celle qui existe entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique étranger. Une telle dualité, « *transposition sur le plan du droit de la distinction existentialiste entre "le moi" et "l'autrui"* » (3), est un véritable postulat de la science du

(1) G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant : PUF, 1987.

(2) La question fait régulièrement l'objet de discussions importantes : un Colloque du 26 octobre 2001 portant sur *L'internationalité : bilan et perspectives* a été organisé par le Laboratoire de droit international et européen des affaires et le Dess Juriste International de l'Université de Toulouse I, Actes du colloque publiés : *Rev. Lamy, Dr. des affaires*, suppl., févr. 2002. — Sur la question, E. Wyler et A. Papaux, *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Actes du colloque des 27 et 28 novembre 1997 organisé par l'Institut d'études de droit international de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne publiés : Ed. Pédone, 1999. — Egalement, S. Poillot-Perruzzetto, note sous *Cass. com.*, 30 janv. 2001 : *Rev. crit. DIP* 2001, p. 539 s. — A. Prujiner, *Le droit international privé, droit du rattachement : Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, p. 161 s. — W. Stoffel, *Le rapport juridique international*, Mélanges Van Oberger, 1990 : Ed. Univ. de Fribourg, Suisse, p. 421 s. — J. Verhoeven, *Droit international public et droit international privé, où est la différence ?* : *Arch. Phil. du droit*, 1987, t. 32, p. 23 s. — P. Gannagé, *La distinction des conflits internes et des conflits internationaux des lois*, Mélanges Roubier : Dalloz, 1961, p. 229 s. — Q. Alfonsin, *Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé*, Mélanges Maury, t. I : Dalloz, 1960, p. 27 s. ; un certain nombre de cours généraux de l'Académie de La Haye consacrent une partie spécifique à la présentation de l'extranéité, en particulier P. G. Vallindas, *La structure de la règle de conflit* : *RCADI*, 1960, III, p. 328 s. et spéc. p. 338 s. — P. Lalive, *Tendances et méthodes en droit international privé*, Cours général de droit international privé : *RCADI*, 1977, II, p. 1 s. et spéc. p. 16 s. — J. A. Carillo-Salcedo, *Le renouveau du particularisme en droit international privé* : *RCADI*, 1978, II, p. 181 s. et spéc. p. 213 s.

(3) Selon l'expression de D. J. Evrigenis, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé* : *RCADI*, 1966, II, p. 313 s., spéc. p. 417 qui commente la doctrine de W. Goldschmidt (*Système et philosophie du droit international privé* : *Rev. crit. DIP*, 1955, p. 639 s. et 1956, p. 21 s. et p. 223 s.).

droit international privé, qui désigne ce « moi » sous le nom de for. Le for est l'ordre juridique saisi, précisément l'ordre juridique qui est appelé à se prononcer sur la question litigieuse : il se présente comme un ordre juridique de référence à travers le prisme duquel est caractérisée l'extranéité de la relation juridique, laquelle ne peut donc être étudiée qu'au regard d'un for donné. Soit elle relève exclusivement de ce for, auquel cas elle est interne au for ; soit elle relève d'un ou plusieurs ordres juridiques étrangers au for, auquel cas elle est considérée comme internationale. Les règles de droit international privé commandent ainsi, au sein du for, l'application des lois substantielles de sources internes, secrétées par l'ordre juridique du for, ou celle des lois substantielles de sources étrangères, secrétées par un ordre juridique étranger et intégrées — provisoirement pour les besoins de l'espèce — dans l'ordre juridique du for.

Sous cet angle, la caractérisation de l'extranéité ne relève pas, *stricto sensu*, du droit international privé : elle lui est extérieure. Préalable à la mise en œuvre des règles de conflits de lois, la caractérisation de l'extranéité n'en demeure pas moins essentielle. Dans la méthode de réglementation bilatérale — à laquelle est souvent apparenté l'ensemble des conflits de lois — cette caractérisation de l'extranéité se fait à travers un ensemble d'éléments tels que la nationalité, le domicile, le lieu de célébration du mariage, le choix des parties, le lieu de commission du délit etc. ; ces éléments constituent des liens entre un ordre juridique donné et la relation litigieuse soumise au juge ; si cet ordre juridique donné est différent de celui du for, la relation sera considérée comme internationale, appelant le jeu du droit international privé. L'on retrouvera alors ce même élément d'extranéité au moment de la sélection par le droit international privé de la loi substantielle applicable au rapport international ; il se présente sous un autre nom : c'est le critère de rattachement (4).

Dans la présentation classique (5) qui est faite des règles de conflits de lois, les deux éléments, extranéité et rattachement, se situent en amont et en aval du raisonnement conflictuel : la relation présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité autorise le déclenchement des règles de conflits de lois dont l'application conduit à découvrir, à travers un critère de rattachement, la loi substantielle applicable au rapport international ; l'extranéité est ainsi recherchée une première fois pour suspendre l'application des normes matérielles internes et autoriser la recherche de normes matérielles étrangères ; si son existence est constatée, l'extranéité est examinée une seconde fois pour désigner précisément l'ordre juridique dont sera extraite, en vue d'être appliquée, une norme matérielle. La seconde étape est

(4) Arminjon, *L'objet et la méthode du droit international privé* : RCADI, 1928, I, p. 430, spéc. p. 477, s'attribue la paternité du terme : « L'existence de l'espèce en cause révèle l'existence de circonstances qui établissent une relation permanente ou accidentelle entre un système juridique et une personne, un bien, un fait, un acte et un rapport juridique. Faute d'une meilleure expression, j'ai proposé de les dénommer circonstances de rattachement. »

indissociable de la première : alors que la première étape est destinée à rechercher, dans l'absolu, l'existence d'un ou plusieurs éléments d'extranéité permettant de conférer à la relation litigieuse un caractère international, seule la deuxième étape permet d'apporter une solution au conflit de lois en choisissant un ordre juridique unique. A la multiplicité des extranéités préalables répond ainsi l'unicité du critère de rattachement (6). La relation contractuelle de vente liant un Allemand à un Anglais et portant sur un immeuble situé en France sera d'emblée assimilée à une relation internationale, les nationalités des deux parties contractantes constituant des éléments d'extranéité ; elle sera régie, en ce qui concerne le contentieux de la publicité foncière, par l'ordre juridique français désigné par un unique critère de rattachement, le lieu de situation de l'immeuble.

L'extranéité préalable au jeu du droit international privé s'apparente, dans cette logique, à une véritable internationalité (7) : la relation présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité est une relation qui pourra appartenir à un ensemble d'ordres juridiques différents sans qu'aucun d'eux n'ait une vocation exclusive à la régir. L'extranéité (ou le rattachement) visée par les règles du droit international privé conduit, au contraire, au choix d'un ordre juridique particulier qui pourra être celui du for ou un ordre juridique étranger : la relation internationale deviendra interne ou étrangère ; interne si, finalement, les éléments d'extranéité sont ignorés,

(5) Une telle présentation est faite par l'ensemble de la doctrine contemporaine, cf. Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé, Précis* : Dalloz, 7^e éd., 2001, n° 63. — P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé* : Montchrestien, 7^e éd., 2001, n° 5. — D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé* : Masson, 1987, p. 176, n° 271 ; l'on remarquera que la synthèse conceptuelle à laquelle ont recourus les ouvrages qui se veulent didactiques et simples d'approche, érige en axiome fondamental de la matière le principe d'une extranéité préalable au jeu conflictuel, cf. en particulier, outre le précis Dalloz, les ouvrages plus courts J. Derrupé, *Droit international privé, Mémento* : Dalloz, 14^e éd., 2001. — D. Gutman, *Droit international privé* : Les cours du droit, 1999, n° 1. — de P. Courbe, *Droit international privé* : Litec, 2001, n° 45 s. et de H. Fulchiron, *Travaux Dirigés de droit international privé* : Litec, 2001, n° 9, qui n'insiste pas sur cette extranéité préalable pas plus que n'insistent H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, t. I : LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 7.

(6) Plusieurs critères de rattachement peuvent être prévus dans une même règle de conflit (cf. par exemple (...) la règle (...) de conflit alternative de l'article 311-16 du Code civil).

(7) Quelle différence peut-on établir entre l'internationalité et l'extranéité ? On peut poser que l'internationalité serait une appartenance de la relation à au moins deux ordres juridiques différents, rendant la relation étrangère à l'un ou à l'autre de ces ordres quel que soit l'ordre juridique de référence ; l'extranéité serait, en revanche, l'appartenance de la relation à un ordre juridique étranger au for et supposerait défini un ordre juridique de référence. Sur la distinction, E. Wyler et A. Papaux, *Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public*, in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, op. cit., p. 239 s.

le choix se portant sur l'ordre juridique du for ; étrangère si, finalement, le choix se porte sur un ordre juridique autre que le for. Bien qu'ils désignent une même réalité — celle de la nationalité, du domicile, du lieu de célébration du mariage etc. — ces éléments sont donc appelés à jouer des rôles différents : en amont du raisonnement, ils sont recherchés pour conférer à la relation un caractère international ; en aval du raisonnement, ils permettent d'ancrer cette relation dans un système de droit donné. Plus fondamentalement, la différence se situe dans le caractère nécessairement étranger de l'élément d'extranéité préalable et dans le caractère étranger ou interne du critère de rattachement.

Cette présentation du droit international privé semble pourtant réductrice dans la mesure où, au sein même de cette méthode, elle est le fruit d'une dissociation factice entre l'internationalité de la relation, préalable au conflit de lois, et l'extranéité éventuelle de la relation, solution du conflit de lois. Dans l'hypothèse, en effet, où la question posée au juge aboutit à la désignation du droit français, il naît nécessairement une contradiction entre le caractère international de la relation, résultant de la détection de plusieurs éléments d'extranéité, et le caractère interne de la relation, résultant de l'application de la loi française, *lex fori*. La recherche d'un ensemble d'éléments d'extranéité apparaît alors vaine et inutile dès lors qu'elle aboutit à l'application du droit français.

L'on pourrait rétorquer, cependant, que cette application du droit français n'est que le résultat de l'application des règles de conflits de lois lesquelles ne pouvaient être sollicitées que dans l'hypothèse d'une relation caractérisée comme internationale.

Mais cette internationalité n'est-elle pas, justement, artificielle et, en tous cas, éphémère ?

Le critère d'extranéité étant quelconque, l'internationalité peut être induite de tout élément de rattachement, au point d'en être artificielle : le litige résultant d'un accident de la circulation intervenu sur le sol français entre deux Français conduisant deux véhicules dont l'un est immatriculé en Suisse pourrait être un litige international du fait du lieu d'immatriculation du véhicule (8). Artificielle, l'internationalité est également éphémère dans la mesure où elle n'affecte la relation juridique que dans un temps limité, celui nécessaire à la recherche de l'ordre juridique d'accueil de cette relation, ordre juridique du for ou ordre juridique étranger.

(8) C'est le critère de rattachement subsidiaire retenu par la Convention de La Haye du 4 mai 1971 relative aux accidents de la circulation routière, en vigueur en France depuis le 3 juin 1975.

Pour remédier à ces critiques, un ensemble d'auteurs (9) a proposé de subordonner la démonstration de l'internationalité à la détection d'éléments d'extranéité pertinents. Il restait à définir, cependant, le critère de pertinence. Or la pertinence de ces éléments a été définie en fonction de l'intérêt qu'ils pouvaient présenter pour le juge dans la solution du conflit de lois ; un élément d'extranéité pertinent dans l'exemple de la vente par un Anglais à un Français d'un immeuble situé en Espagne serait, si la question posée au juge est celle de la capacité du vendeur, la nationalité du vendeur. Élément d'extranéité pertinent et critère de rattachement apparaissent ainsi comme singulièrement proches, constituant les deux faces d'une même médaille (10). La difficulté vient alors de ce que la pertinence de l'élément d'extranéité est établie en fonction de la catégorie de rattachement relevant de la règle de conflit dont la détermination, selon la présentation classique (11), n'est pas encore faite au stade de l'analyse du caractère international de la relation litigieuse puisque, justement, seule cette analyse peut conduire à l'application de la règle de conflit. Ce cercle vicieux a été dénoncé par plus d'un auteur (12) sans pour autant jamais remettre en cause le principe d'une dissociation entre l'extranéité préalable et le critère de rattachement (13). C'est pourtant à une telle dissociation que l'on doit imputer cette double contradiction : d'une part, celle qui oppose la nature internationale d'un rapport de droit à sa soumission à un régime de droit interne puisé dans l'ordre juridique du for ; d'autre part, celle qui oppose le recours, à l'occasion de la caractérisation de l'extranéité,

(9) P. Lalive, *op. cit.*, p. 18 qui suggère de rechercher si « "ce contact étranger" ou avec l'étranger présente une signification au regard de la question posée, et la réponse à cette question découle nécessairement d'un jugement de valeur (...) [qui] repose sur un certain système de références, ayant pour objet de déterminer quand il existe un élément d'extranéité pertinent ». Dans le même sens, J. G. Castel, *Droit international privé québécois*, Toronto : Butterworths, 1980, p. 33 ; plus récemment, P. Lagarde, *L'internationalité du point de vue de l'ordre international*, in *Revue Lamy Droit des affaires*, *op. cit.*, p. 17 s., spéc. p. 21 qui évoque le « rôle de seuil » joué par la notion d'internationalité des situations — seuil de déclenchement de la règle de conflit de lois.

(10) L'expression est de A. Prujiner, *op. cit.*, p. 165.

(11) Sur le sophisme d'un tel raisonnement, B. Audit, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois)* : *RCADI*, 1984, III, p. 221 s. et spéc. p. 319.

(12) Par exemple G. Sperduti, *Théorie du droit international privé* : *RCADI*, 1967, III, p. 173 s. et spéc. p. 188 qui insiste sur « l'illogisme manifeste » de cet aspect de la doctrine de Savigny.

(13) Ainsi, pour un exemple symptomatique de cette redondance entre extranéité préalable et critère de rattachement qui ne semble pas gêner la doctrine, K. Yasseen, *Principes généraux de droit international privé* : *RCADI*, 1965, III, p. 387 s. et spéc. p. 407 qui indique au sujet de la situation de fait internationale ou du rapport de droit international : « En outre, même quand il s'agit de situations de fait qui ne sont pas encore juridiquement appréciées, ces situations sont à régir par un droit à déterminer ; les qualifier d'ores et déjà de juridiques peut ne pas être tout à fait orthodoxe mais n'en est pas moins acceptable » ou encore, plus récemment, W. Stoffel, *op. cit.*, p. 448 : « En matière de conflit de lois, la détermination du rapport international permet de susciter le premier doute auprès de l'observateur qui l'incitera à consulter ses règles de conflit. Mais elle ne détermine pas le résultat. Il n'y a pas grand mal si la règle de conflit est consultée une fois de trop ! ».

à des critères de pertinence puisés dans la règle de conflit et qui ne sont donc pas censés être accessibles au moment de cette caractérisation — du moins, dans l'ordre théorique du raisonnement.

Toute relation juridique peut, en réalité, présenter sous certains aspects une face internationale et une face interne (14). La relation contractuelle liant un vendeur anglais à un acquéreur français et portant sur un immeuble situé en Espagne est nationale si la difficulté posée au juge relève d'un problème de capacité de l'acquéreur, anglaise s'il s'agit d'un problème de capacité du vendeur et espagnole s'il s'agit d'un problème de publicité foncière. Globalement, elle semble internationale dans la mesure où plusieurs ordres juridiques sont intéressés à la relation mais, sous l'angle des différentes qualifications de la relation litigieuse, elle apparaît comme nationale ou étrangère. C'est ce seul angle d'analyse qui doit intéresser le juge saisi et c'est ce seul angle d'analyse qui doit conduire à assimiler l'extranéité préalable au critère de rattachement en effaçant de la présentation conflictuelle l'idée même que le droit international privé soit subordonné à l'existence d'une extranéité préalable affectant la relation de droit privé. Dans cette mesure, la dissociation entre les deux branches de l'analyse, préalable et postérieure au jeu du droit international privé, se révèle fautive.

L'assertion selon laquelle le droit international privé est subordonné à la découverte d'un élément d'extranéité préalable dans la relation litigieuse paraît inexacte. L'extranéité serait plutôt une limite à l'application par le for de sa propre législation et non un préalable à l'application par le for d'une législation étrangère. La perspective est toute différente : dans le premier cas, l'extranéité, juridique et précise, est définie par le for lui-même, par ses règles de droit international privé (15) ; dans le second cas, l'extranéité, factuelle et quelconque, s'impose au for de manière aléatoire, entraînant l'application potentielle des règles de droit international privé. Il semblerait que, contrairement à l'enseignement classique, l'extranéité en droit international privé réponde à la première définition et non à la seconde. Ce sera, du moins, l'objet de notre démonstration.

Il faudra, auparavant, s'interroger sur les raisons qui ont conduit la doctrine à présenter le droit international privé et plus particulièrement

(14) D. J. Jitta, *La méthode du droit international privé*, La Haye et Paris, 1890, p. 48 : « on peut comprendre comment un seul et même rapport juridique entre deux individus peut être national ou international d'après le point de vue où l'on se place » et l'auteur se distingue, p. 200-215, entre trois types de relations, « nationales », « relativement internationales », « absolument internationales » suivant l'Etat à partir duquel on examine la relation. Plus récemment, B. Audit, *La fraude à la loi* : Dalloz, 1974, p. 92 : « On peut dire que toute situation interne est une situation internationale qui s'ignore », également P. Mayer : *Droit international privé*, op. cit., n° 5, qui distingue l'extranéité subjective de l'extranéité objective.

(15) En ce sens, explicitement P. Lalive, op. cit., p. 18. — P. G. Vallindas, op. cit., p. 338. — J. A. Carillo-Calcedo, op. cit., p. 213. — Q. Alfonsin, op. cit., p. 35.

la réglementation conflictuelle savignienne selon le triptyque extranéité préalable, catégorie de rattachement, critère de rattachement, dissociant l'extranéité préalable du critère de rattachement.

Pour les besoins de cette démonstration, nous emprunterons à Saussure (16) ses deux angles d'analyse : l'angle diachronique ou dynamique et l'angle synchronique ou structurel. Appliqué à notre propos, nous essaierons dans une première partie de replacer la présentation conflictuelle actuelle dans l'environnement dans lequel elle s'est formée pour comprendre les raisons historiques qui conduisent la doctrine classique à maintenir une telle présentation, selon ce triptyque extranéité préalable, catégorie de rattachement, critère de rattachement. Nous réserverons la seconde partie à l'étude structurelle de l'extranéité et de sa place au sein de la règle de conflit, étude qui pourrait conduire à conclure à un abandon de l'extranéité préalable comme critère d'intervention du droit international privé. Une analyse synchronique de l'extranéité (II) succédera donc à une analyse diachronique (I).

I. — L'ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ : PERSPECTIVE DIACHRONIQUE

Pour quelles raisons l'enseignement classique insiste-t-il sur l'exigence d'un élément d'extranéité comme élément nécessairement préalable au jeu conflictuel ? Pourquoi une telle présentation de la matière et plus particulièrement de la règle de conflit de lois est-elle faite ? Quelle philosophie sous-tend cette dissociation entre l'élément d'extranéité préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit et le critère de rattachement postérieur à sa mise en œuvre ?

Les réponses à ces différentes questions pourraient être trouvées dans l'entreprise d'assimilation de l'extranéité du droit international privé à l'internationalité du droit international public à laquelle un certain nombre d'auteurs (17), au XIX^e comme au XX^e, ont largement participé. Cette entreprise d'assimilation a pu être facilitée par l'opposition, régulièrement rappelée, entre les relations nées au sein d'une même communauté de droit et celles lui étant extérieures. Dans la première hypothèse, le conflit de lois est un conflit de compétences entre plusieurs ordres juridiques, tous appelés à appréhender la relation litigieuse ; dans la seconde hypothèse, une question préalable est posée : celle relative à la condition de l'étranger — étranger à cette communauté de droit. Dans cette mesure, la présentation de l'extranéité comme un élément préalable au conflit de lois pourrait n'être qu'une survivance de la présentation de la condition de l'étranger comme un préalable au conflit de lois. La définition de l'extranéité entre-

(16) Saussure, *Cours de linguistique générale* : Payot, 1958.

tiendrait ainsi des relations étroites avec l'idée d'un rattachement à une communauté de droit (A) alors même que sa fonction se réduirait à déclencher l'étude de la condition des étrangers (B).

A) — La notion d'extranéité : un rattachement à une communauté de droit

La notion d'extranéité est difficile à cerner tant elle est hétérogène et varie en fonction du cadre juridique dans lequel elle est étudiée. Selon qu'il s'agit de droit international public ou de droit international privé, sa définition diffère sensiblement (2). Cette définition ne retrouve une certaine uniformité qu'au prix d'une assimilation des ces deux matières internationales, induite par le concept de communauté de droit (1).

(1) Sur la question, Von Lizst, *De la nature du droit des gens dans ses rapports avec le droit international privé*, traduit par E. Potu : JDI 1913, p. 482 s. qui distingue une conception publiciste nationaliste et une conception publiciste internationaliste de la matière du droit international privé. Dans la première conception on peut ranger entre autres en France, Barin, *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois* : JDI 1897, p. 225 s., p. 466 s., p. 720 s. — Également J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, 1938, 1^{re} éd. : Sirey, t. I, spéc. p. 1 qui définit le droit international privé comme « un droit public et national » et dans la seconde conception, entre bien d'autres auteurs, Brochet, *Les bases théoriques du droit international privé* : JDI 1878, p. 225 s. — Demangeat, *Introduction (Où chercher les règles de droit international privé ?)* : JDI 1874, p. 7 s. — Despagnet, *Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques* : JDI 1898, p. 253 s. et plus nuancé, A. Pillet, *Le droit international privé, Essai d'un système général de solution des conflits de lois* : JDI 1894, p. 417 s., p. 711 s., 1895, p. 241 s., p. 500 s., p. 929 s., 1896, p. 5 s. et *Traité pratique de droit international privé*, 1923, n° 8, qui indique que « le droit international privé est un rameau du droit international public ». Les statutaires du XIX^e ont également procédé à cette assimilation du droit international public au droit international privé, cf. en particulier l'intitulé explicite de l'ouvrage de Mailher de Chassat, *Traité des statuts (lois personnelles, lois réelles) d'après le droit ancien et le droit moderne, ou du droit international privé considéré comme conséquence ou reproduction, dans le sens individuel, du droit international public (...)*, Paris, 1845 ; plus nuancé, en revanche (...) 1845 ; Plus nuancé, en revanche, (...) Foelix (...) — *Traité du droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, 3^e éd. par Demangeat, Paris, 1856, p. 1-4 ou encore Vareilles-Sommières, *La synthèse du droit international privé*, 1897, spéc. p. XIX, n° XXXVI, qui définit le droit international privé comme un « jus inter gentium leges » (une expression reprise, semble-t-il, de Lainé, *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et des rapports de cette théorie avec le Code civil*, t. I, 1888, p. 6). Un certain nombre d'auteurs ont continué à procéder à cette assimilation tout au long du XX^e : sur cette question cf. B. A. Wortley, *The interaction of public and private international law today* : RCADI, 1954, p. 245 s. — E. Hambro, *The relations between international law and conflict law* : RCADI, 1962, p. 1 s. — F. A. Mann, *The doctrine of jurisdiction in international law* : RCADI, 1964, p. 3 s. et du même auteur, *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years* : RCADI, 1984, III, p. 9 s. — Également, P. Mayer, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence* : Rev. crit. DIP, 1979, p. 1 s., p. 349 s. et p. 537 s. jusqu'à une thèse récente qui préconise une telle assimilation, cf. P. Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé* : LGDJ, 1997.

1. L'extranéité, élément d'enracinement du droit international

La présentation du conflit de lois en deux temps, un premier consacré à la recherche du caractère international de la relation litigieuse, un second consacré à la subsumption de la relation litigieuse dans un ordre juridique particulier trouve son origine directe dans l'approche publiciste et internationale de la matière pratiquée au XIX^e.

L'on sait qu'une telle approche a été développée, dès la fin du XVII^e, par l'école des statutaires hollandais (18) à travers le concept de *comitas gentium* ou de courtoisie internationale. Fondée sur l'idée d'appartenance à une même communauté de droit, celle qui regroupe les pays d'Europe occidentale ayant eu le droit romain en partage, la *comitas gentium* a constitué un instrument de légitimation des solutions conflictuelles. Assimilable au principe moderne de réciprocité internationale (19), la *comitas gentium* s'est imposée comme élément de justification de l'emprise exercée par un ordre juridique particulier sur une relation intéressant plusieurs ordres juridiques (20). Cette idée de réciprocité internationale n'est, à cette époque, que la manifestation d'une volonté doctrinale de retrouver une solution commune aux conflits de lois telle qu'elle existait avant l'émergence d'un nouvel ordre européen où se multiplient les souverainetés politiques et, par suite, les ordres juridiques autonomes. La courtoisie internationale se présente comme un lien unissant, au sein d'une même communauté, un ensemble d'ordres juridiques différenciés qui, à défaut de les contraindre — car il ne s'agit encore que de « bienveillance » — les incite à adopter les mêmes solutions conflictuelles : un Etat appliquera une loi étrangère sachant que sa propre loi sera, à son tour, appliquée par un Etat étranger.

Cette communauté de droit a réellement existé à l'époque où les premiers statutaires italiens ont développé leur doctrine, au XIII^e, et s'est maintenue jusqu'au XIX^e, dans l'esprit de la doctrine internationaliste du moins, avec une fonction identique d'une période à l'autre. La loi « *Cunctos*

(18) L'école des statutaires hollandais regroupe essentiellement, pour le XVII^e et le XVIII^e, P. Voet, *De statutis eorumque concursu*, Amsterdam, 1661 et *Mobilium et immobilium natura*, Utrecht, 1666, son fils, J. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, La Haye, 1698-1704 et U. Huber, *Praelectiones juris civilis*, Franeker, 1689, cité par Lainé, *op. cit.*, t. II, 1892, p. 95-112. — Egalement, sur cette école, Meijers, *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen-Age spécialement dans l'Europe occidentale* : RCADI, 1934, III, p. 54 s. et spéc. p. 663 s. et Gutzwiller, *Le développement historique du droit international privé* : RCADI, 1929, IV, p. 291 s. et spéc. p. 326 s.

(19) Sur l'assimilation de la *comitas gentium* à la réciprocité internationale : Batiffol et Lagarde, *Traité*, *op. cit.*, p. 384, n° 226.

(20) Gutzwiller, *op. cit.*, p. 328 nous rapporte ainsi le troisième axiome posé par le statuaire hollandais Huber selon lequel « les chefs des Etats, par courtoisie, font en sorte que les lois de chaque peuple, après avoir été appliquées dans les limites de son territoire, conservent leur effet en tout lieu, pourvu que ni les autres Etats, ni leurs sujets, n'en reçoivent aucune atteinte dans leur pouvoir ou dans leur Droit » (la traduction est empruntée à Lainé, *op. cit.* t. II, p. 108).

populos », tirée par Karolus de Tocco du Code de Justinien (21), a ainsi présenté une utilité considérable pour légitimer les propositions doctrinales des statutaires car elle assurait une uniformité des solutions conflictuelles. La référence au droit romain, droit commun à vocation universelle, conférait ainsi aux règles de conflits de statuts une force obligatoire immédiate, étendue à un espace géographique important — constitué par les pays d'Europe occidentale (22).

C'est cette communauté de droit (23) que les statutaires hollandais ont cherché à réhabiliter malgré le développement, au XIX^e, d'ordres juridiques autonomes greffés à des Etats juridiquement indépendants.

Or, dans la vision statutaire, qu'il s'agisse des écoles italienne, française ou hollandaise, l'extranéité résultait de l'appartenance à cette communauté de droit, précisément à cet ordre juridique international unique qu'elle secrétait (24). La fonction qui lui est assignée est alors de caractériser l'internationalité de la relation litigieuse. Ainsi, de même qu'il appartenait au droit romain de déterminer la nature commune du rapport de droit relevant de plusieurs ordres juridiques, il va appartenir au droit international public, selon les doctrines hollandaises, de caractériser les liens entretenus par le rapport de droit avec les différents ordres juridiques. La communauté de droit s'apparente alors à un véritable ordre juridique supra-étatique, supérieur aux ordres juridiques particuliers qui la composent.

L'extranéité du droit international privé, celle-là même qui est présentée comme un préalable au conflit de lois, se confond, dans cette perspective, avec l'extranéité du droit international public. Plus fondamentalement, c'est la distinction même entre les deux matières qui disparaît à l'occasion de l'étude du conflit de lois.

La perspective dichotomique qui, d'une part érige l'extranéité de la relation litigieuse en une condition préalable à l'étude du conflit de lois

(21) cf. Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, p. 376, n° 217, note 9.

(22) En ce sens, G. Barile, *La fonction historique du droit international privé* : RCADI, 1965, III, p. 305 s. et spéc. p. 312-313 : « La théorie en question [statutaire] se rattachait au but général "essentiel" à tout système juridique, c'est-à-dire que la solution d'un problème juridique donné doit être unique (...) La reductio ad unitatem de tout problème juridique, dictée par l'unité rationnelle et objective d'après laquelle on concevait la réalité, même juridique, de l'époque, tendait à ne poser aucune limite d'espace et de pouvoir aux statutaires dans la formulation de leur théorie » ; également, de manière explicite, sur le caractère unique et universel du droit international privé assimilable sous cet angle au droit international public, Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 43-44.

(23) L'on prête à Savigny l'idée d'avoir conçu l'idée d'une communauté de droit ; il semblerait, pourtant, que ce concept ne lui soit pas spécifique et qu'on le retrouve au sein de toutes les écoles statutaires, comme le suggère Meijers, *op. cit.*, p. 671 et, avant lui, avec un style plus incisif, Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 146, n° 230.

(24) En ce sens, P. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel, De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, 1985, spéc. p. 208, note 701 et R. de Nova, *Historical and comparative introduction to conflict of laws* : RCADI, 1966, II, p. 435 s. et spéc. p. 441-442.

et d'autre part érige le rattachement de la relation à un ordre juridique en solution postérieure, se justifie alors parfaitement. Les règles du droit international, public ou privé, ne sont, sous cet angle, que des règles de répartition des compétences. La relation internationale, qualifiée de la sorte par la communauté de droit, étant appelée à être régie par un ensemble d'ordres juridiques différenciés, le conflit de lois est naturellement résolu en termes de répartition des compétences de chaque ordre.

La stratification établie au XIX^e entre des ordres juridiques nationaux au premier niveau et un ordre juridique supranational au niveau supérieur explique la décomposition du conflit de lois en deux étapes : d'une part, une détermination par l'ordre juridique supranational du caractère international de la relation litigieuse ; d'autre part, une localisation de la relation litigieuse au sein d'un ordre juridique national valant ordre juridique de base.

C'est ainsi que la démonstration de Savigny (25), à qui l'on attribue la méthode de réglementation indirecte portant son nom (26), suit deux phases : c'est d'abord l'affirmation d'une communauté de droit (27) où est ancrée la relation ; c'est ensuite la localisation du rapport de droit à travers son siège.

L'extranéité se définit, pour l'ensemble de ces auteurs statutaires mais pour Savigny également, comme une appartenance à un ordre juridique supra-étatique : le conflit de lois est régi par des règles de répartition de compétences relevant du droit international public, lequel paraît assimilable au droit international privé.

Pourtant, une telle conception, qui peut expliquer la présentation moderne de la réglementation indirecte, n'a plus de raison d'être de nos

(25) F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I à III, 1840, t. IV-V, 1841, t. VI, 1847, t. VII, 1848, t. VIII, 1849, dont le premier volume (*Livre Premier*) traite des sources du droit, les volumes 2 à 7 (*Livre Deuxième*) traite des rapports de droit, le volume 8 (*Livre Troisième*) de l'Empire des règles du droit sur les rapports de droit, Traduction par Ch. Guenoux (*Traité de droit romain*), 1851, observe dans son *Tome VIII*, p. 30-31, § 348, que la solution des conflits de lois par le principe de souveraineté n'a pas de sens car elle entraînerait l'exclusion de toute loi autre que celle du for et qu'il convient dès lors de fonder la solution du conflit de lois sur « la communauté de droit entre les peuples » — établie à partir du double héritage romain et chrétien — à qui l'auteur confie le soin de déterminer « la nature propre et essentielle » du rapport de droit litigieux.

(26) Telle que nous la connaissons, cette méthode, qui dissocie extranéité préalable, catégorie de rattachement et critère de rattachement, a été réellement systématisée et reformulée par les disciples de Savigny en France, en particulier par Despagnet : *Précis de droit international privé*, 1886, et 5^e éd. par Boeck, 1909 et par Audinet, *Principes élémentaires de droit international privé*, 1894, et 2^e éd., 1906.

(27) C'est un élément essentiel de la doctrine de Savigny dans la mesure où ce concept lui permet de substituer à une réglementation jusqu'alors déductive, fondée sur la loi, une réglementation inductive, fondée sur le rapport de droit ; un tel changement n'est concevable que si la qualification du rapport de droit est identique quelle que soit la loi applicable au rapport : ce ne peut justement être le cas que dans « un système de communauté de droit » (l'expression est de Audinet *op. cit.*, 1^{re} éd., p. 205, n^o 295, qui l'utilise pour désigner le système Savignien).

jours, le droit international public ayant perdu toute vocation à appréhender le conflit de lois. Il semble ainsi acquis que l'internationalité du droit international public ne puisse plus être ramenée à l'internationalité du droit international privé.

2. Les extranéités du droit international public et du droit international privé

Bartin (28) constatait déjà l'impuissance du droit international public à assumer son rôle de répartition des compétences législatives et juridictionnelles de chaque Etat. A la différence de Savigny, qui croit fermement à l'existence d'une communauté de droit, Martin et à sa suite un ensemble d'auteurs particularistes (29), vont affirmer la prééminence des ordres juridiques particuliers dans la résolution des conflits de lois. L'assimilation du droit international privé au droit international public, opérée au XIX^e, va s'effacer, dès le début du XX^e, devant l'incapacité du droit international public à régir le conflit de lois (30) : la dissociation des deux matières est alors certaine.

Alors que les statutaires hollandais recherchent dans le droit international public un fondement juridique à l'application de la loi étrangère, les particularistes français constatent la carence de cette matière pour fonder leurs solutions nationalistes.

La présentation de la règle de conflit de lois demeure cependant identique : il s'agit dans un premier temps de rechercher un élément d'extranéité préalable permettant d'ancrer la relation litigieuse dans un ordre juridique supranational puis, dans un second temps, de rattacher cette relation, par le biais des règles de conflits, à un ordre juridique particulier.

Pourtant, si la présentation du conflit de lois reste similaire d'un siècle à l'autre, le glissement de méthode est palpable (31) : dans un système de communauté de droit, le rapport de droit international obéit à une qualification commune à tous les ordres juridiques ; dans un système particulariste, tel qu'il est constaté par Martin, le rapport de droit international obéit à autant de qualifications qu'il y a d'ordres juridiques intéressés à la relation. Dans cette dernière hypothèse, le caractère préalable de l'extranéité perd tout son sens dans la mesure où la relation n'est jamais

(28) *Bartin, Principes, op. cit., t. I, § 55, p. 110-115.*

(29) En particulier, *Niboyet, op. cit., t. I, 1947, 2^e éd., n° 60, p. 71* qui rattache le droit international privé au droit constitutionnel.

(30) Ainsi, *Pillet, Traité pratique de droit international privé, 1923, t. I, n° 251, p. 532* qui constate, à l'occasion de l'examen de la question du renvoi, l'inexistence de règles de répartition de compétence confiées à un ordre juridique supra-national.

(31) Par exemple, *Arminjon, Cours de La Haye, op. cit.*, qui a largement participé à l'entreprise de systématisation et de reformulation de la pensée savignienne, mais qui paradoxalement ne se reconnaît pas comme un disciple du romaniste allemand.

véritablement internationale mais simplement interne au for ou étrangère au for (c'est-à-dire interne à un ordre juridique étranger au for).

Si l'on pose, en effet, que l'ordre juridique international, produit par une communauté d'Etats indépendants, est distinct des ordres juridiques particuliers produits par chacun de ces Etats, distinct sans pour autant en être supérieur, aucune définition unitaire de l'extranéité ne peut être donnée : elle ne peut que différer d'un ordre juridique à un autre, c'est-à-dire d'une qualification à une autre.

C'est ainsi qu'en droit international public, l'extranéité ou l'internationalité résultera du lien établi entre deux Etats à l'occasion d'une relation de droit public impliquant un Etat ou une émanation de l'Etat — personne morale de droit public par exemple (32). La relation internationale publique est une relation inter-étatique ou trans-étatique où l'internationalité se confond avec le caractère public. Plus fondamentalement, l'internationalité publique n'est pas une extranéité proprement dite — extranéité qui supposerait un ordre juridique de référence — mais une appartenance à un ordre juridique donné, l'ordre juridique international : en ce sens, l'internationalité est de l'essence même du droit international public. La définition de l'internationalité du droit international public ne présuppose aucune désignation préalable d'un ordre juridique de référence : elle est absolue et non relative au for saisi. Si l'assimilation des deux formes d'extranéité pouvait trouver grâce aux yeux de la doctrine internationaliste du XIX^e, la définition contemporaine de l'internationalité publique est spécifique au droit international public et sans rapport avec celle offerte par le droit international privé (33) : une relation liant l'Etat français à l'Etat anglais ou le liant à un national allemand est une relation internationale au sens du droit international public quel que soit le for de référence.

Le particularisme du droit international privé interdit de reprendre une telle définition. L'absolutisme de la définition retenue en droit international public ne peut pas se combiner avec le relativisme dont est empreinte l'extranéité du droit international privé : la nécessaire fixation d'un ordre juridique de référence, l'ordre juridique du for, constitue une condition essentielle de la définition de l'extranéité. Une relation contractuelle liant un Anglais à un Allemand portant sur un bien situé en France n'est internationale ou étrangère qu'au regard de la nationalité des parties qui

(32) Pour plus de précisions sur la définition, MM. Combacau et Sur, *Droit international public* : Montchrestien, 1993, p. 17.

(33) Sur ce point, J. Verhoeven, *Traité ou contrats entre Etats ? Sur les conflits de lois en droit des gens* : JDI 1984, p. 5 s. et spéc. p. 36 : « contrairement à une opinion couramment reçue, c'est le droit international public plutôt que le droit international privé qui usurpe son qualificatif "international". En soi, le droit des gens n'est en effet qu'un autre droit "interne" » ; interne à l'ordre juridique international pris comme ordre juridique distinct des ordres juridiques nationaux comme l'auteur le précise dans *Droit international public, droit international privé et droit national*, in *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique* : Pedone, op. cit., p. 17 s. et spéc. p. 18.

diffère de celle du for, fixé en France ; au regard du lieu de situation du bien, cette relation ne présente aucun élément d'extranéité. En ce sens, la fixation d'un for de référence participe de la définition même de l'extranéité.

« Il n'y a pas un ordre juridique international "privé", il y a un ordre juridique international "public" (...) Le droit international privé n'en demeure pas moins un droit "national" et comme tel il coexiste nécessairement avec le droit international public » nous dit M. Joe Verhoeven (34). Si cet ordre juridique international privé a pu exister et se confondre avec un ordre juridique international public aux temps où les statutaires hollandais mais également Savigny élaboraient leur doctrine, ce n'est certainement plus le cas (35) depuis le tournant particulariste du début du siècle dernier. Les prémisses de la démonstration de Savigny ne sont ainsi plus d'actualité (36).

La dissociation entre le droit international public et le droit international privé étant largement consommée, l'idée même de déceler l'extranéité avant de faire jouer les règles de conflits de lois semble, dès lors, contradictoire et impraticable.

Contradictoire dans la mesure où, comme nous l'avons évoqué dans notre introduction, l'internationalité de la relation, recherchée au départ

(34) J. Verhoeven, *Droit international public et droit international privé, où est la différence ?*, Arch. Phil. du droit, 1987, t. 32, p. 23 s. et spéc. p. 28-32.

(35) Sauf à considérer que la réglementation matérielle à objet international, de source interne (par ex. le Code tchécoslovaque du commerce) ou de source internationale (par exemple Convention de Vienne du 11 avril 1980), constitue, dans un sens, un ordre juridique international privé. Mais, en tout état de cause, un tel ordre n'a jamais justifié que l'extranéité soit étudiée préalablement à l'application de ladite réglementation : l'extranéité se confond, dans ces hypothèses, avec l'objet matériel de la réglementation. La Convention de Vienne du 11 avril 1980 fixe ainsi son champ d'application matériel selon trois critères qui sont, brièvement, le contrat de vente (art. 3), l'établissement des parties dans des Etats contractants différents valant extranéité de la relation (art. 1), et le type de marchandises (art. 2, a contrario). Le Code tchécoslovaque prévoit également un champ d'application matériel dans lequel s'insère l'extranéité qui résulte de « rapports juridiques auxquels participent des personnes dont le siège (domicile) ne se trouve pas sur le territoire à l même Etat » (L. Kópac, *Le Code tchécoslovaque de commerce* : JDI 1967, p. 789 s. et spéc. p. 793).

(36) A. Bucher, *L'ordre public et le but social des lois* : RCADI, 1993, II, p. 9 s., spéc. p. 61 s. et p. 64 : « Un tel appui sur le système de Savigny est dépourvu de sens, dès lors que le droit privé contemporain, dans sa dimension philosophique et sociale, n'est pas comparable à celui marqué par la pensée de Savigny et celle de nombreux auteurs du XIX^e » ; également, du même auteur, *Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes* : Travaux comité fr. DIP 1994-1995, p. 209 s. et spéc. p. 210-124 ; dans le même sens, P. Patocchi, *op. cit.*, p. 202 s. — Egalement, sur ces questions, J. L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit* : PUF, 1999, spéc. p. 47-85. Les prémisses de la démonstration de Savigny sont d'autant moins d'actualité que la deuxième moitié du XX^e siècle a vu naître, à l'occasion de la réception sur les sols européens d'institutions de droit mosaïque ou musulman (répudiation ou polygamie), de conflits dits de civilisation. Où se situe, alors, la communauté de droit, chrétienne et romaine ? (sur ces conflits de civilisations, cf. J. Deprez : RCADI, 1988, IV, p. 11 s ; *Droit international privé et conflits de civilisations*, également le passage de J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République* : Flammarion, 1996, p. 44-48, « Ces droits venus d'ailleurs »).

du raisonnement, disparaît aussitôt qu'intervient le rattachement à l'ordre juridique du for ou à un ordre juridique étranger : dans le premier cas, il apparaît qu'elle n'a jamais été que nationale ; dans le second, elle est tout au plus étrangère au for, c'est-à-dire interne à un for étranger.

Impraticable car l'extranéité ne pouvant avoir pour objet qu'une relation juridique, elle ne peut être déterminée avant même la qualification juridique de la situation de fait litigieuse. Selon le schéma suggéré par Savigny, le rapport de droit international est le fruit d'une qualification juridique commune d'une situation de fait quelconque, qualification ayant un double effet, celui de convertir une situation de fait en un rapport de droit et celui de vérifier son caractère international, précisément son appartenance, sous certains aspects, à plus d'un ordre juridique ; l'extranéité préalable s'entend alors de l'extranéité de la relation juridique et le caractère préalable vaut aussi bien pour la caractérisation de l'extranéité elle-même que pour la qualification de la situation de fait en un rapport de droit, les deux opérations étant indissociables. Or ce mécanisme ne fonctionne plus si l'on distingue la détermination de l'extranéité, de la qualification du rapport de droit sur lequel elle porte, la première étape étant antérieure à l'analyse des règles de conflits et la seconde étape, postérieure ; la notion d'extranéité, telle qu'elle est présentée à l'heure actuelle, c'est-à-dire détachée de tout rapport de droit, paraît alors dénuée de sens.

C'est d'ailleurs pour répondre à cet argument que certains auteurs ont développé l'idée que l'extranéité ne porterait pas sur un rapport de droit mais sur une situation de fait ou un rapport de vie (37), lequel serait qualifié par le juge en application des règles de conflits au cas où l'extranéité de la relation venait à être établie. Ce raisonnement tend ainsi à remédier aux particularismes des qualifications divergentes des ordres juridiques : une communauté de droit serait maintenue en ce qui concerne le caractère international de la relation, constaté comme tel par tous les ordres juridiques, et les particularismes reprendraient leur empire en ce qui concerne l'objet de l'extranéité, précisément le rapport de droit. Mais un tel raisonnement constitue une dénaturation sérieuse et inefficace du raisonnement savignien dans la mesure où il dissocie le principe de l'internationalité de son objet, précisément la relation litigieuse, en lui substituant une situation de fait. L'internationalité, l'extranéité, le rattachement à un ou plusieurs ordres juridiques, la nationalité, le domicile, le lieu de commission du délit etc. ne seraient que des données de fait caractérisant des situations de fait. Une telle présentation permet, certes, de conserver

(37) H. Lewald, *Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé* : RCADI, 1939, III, p. 5 s. et spéc. p. 10 qui substitue au rapport de droit, le « rapport de vie », expression, empruntée à Von Bar, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts*, 1, 2^e éd., 1889, p. 107 ; ce « rapport de vie » serait constitué par une situation de fait qualifiée juridiquement par les parties en question de droit mais non encore qualifiée par le juge du for.

comme postulat de l'analyse l'idée d'une communauté, mais il ne s'agit plus guère que d'une communauté de fait, et non de droit, dont le rôle est d'assister à la formation, en son sein, d'une situation de fait internationale. On est bien loin du postulat savignien.

Le triptyque extranéité préalable, catégorie de rattachement et critère de rattachement se révèle, eu égard aux nouvelles données du droit international public, totalement désuet. Il n'y a pas plus d'extranéité préalable qu'il n'y a d'ordre juridique international « privé » ; il n'y a pas plus d'extranéité préalable qu'il n'y a de communauté de droit pour l'accueillir.

Seuls des ordres juridiques particuliers sont sollicités aussi bien pour qualifier la situation de fait en rapport juridique que pour déterminer le rattachement du rapport de droit à l'ordre juridique du for ; dans le premier cas, le rapport sera interne à un ordre juridique étranger ; dans le second cas, le rapport de droit sera étranger — et non international (38).

Les raisons qui pouvaient conduire la doctrine à subordonner le jeu des règles de conflits de lois à la démonstration préalable de l'existence d'un rapport juridique international ont disparu, semble-t-il, en même temps qu'ont disparu les prétentions du droit international public à résoudre le conflit de lois (39). Pourtant, la présentation du conflit de lois n'a pas varié et l'extranéité préalable demeure aux yeux d'une doctrine importante une condition essentielle et antérieure à la mise en œuvre des règles de conflits de lois.

Quelle en est la cause ?

Il semble qu'il faille attribuer le maintien d'une telle présentation à la fonction généralement attribuée à l'extranéité qui est de déclencher le conflit de lois. Un tel conflit de lois n'ayant lui-même été envisagé qu'une fois résolue la question de la condition des étrangers, l'extranéité s'est

(38) Explicitement, P. G. Vallindas, *op. cit.*, p. 338 : « Le droit international privé ne joue pas seulement, comme on le soutient fréquemment, lorsqu'il y a un élément d'extranéité dans le rapport ou la situation juridique. Le droit international privé joue, d'une façon latente, même lorsqu'il n'y a aucun élément d'extranéité dans le rapport en cause. »

(39) Sur l'absence de vocation du droit international public à régir le conflit de lois, selon la jurisprudence de la CPJI, *Aff. Lotus*, Arrêt 7 sept. 1927, série I, n° 10, obs. Donnedieu de Vabres, *Rev. crit. DIP*, 1928, p. 377 s. et *Aff. Emprunts Serbes et Brésiliens*, Arrêt 13 juill. 1929, n° 20 et 21, série A, obs. André-Prudhomme : *JDI* 1929, p. 837 s. ; la CPII indique dans le second arrêt : « La question de savoir quelle est cette loi [la loi nationale qui régit un contrat qui n'est pas un contrat entre Etat] fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne le plus souvent sous le nom de droit international privé ou de théorie du conflit de lois (...) Il y a lieu de considérer que lesdites règles font partie du droit interne ». Sur la vocation du droit international public à régir le conflit de lois, P. de Vabres, *Substitutes, La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé* : LGDJ, 1997 et spéc. p. 198-237 où l'auteur suggère une autre interprétation de ces arrêts et se réfère aux décisions de la Cour permanente de justice internationale, *aff. Noitebohm*, CPJI, 6 avr. 1955 : *Rec. 1955*, p. 20 et *aff. Les pêcheries norvégiennes*, CPJI, 18 déc. 1951 : *Rec. 1951*, p. 116.

d'abord imposée comme un préalable non pas à l'étude du conflit de lois mais à l'étude de la condition des étrangers.

B. — La fonction de l'extranéité : un préalable à l'étude de la condition des étrangers

Quel rapport l'exigence d'une extranéité préalable entretient-elle avec la condition des étrangers ? En quoi la fonction attribuée au critère d'extranéité est-elle liée à l'étude de la condition des étrangers ? Si la condition des étrangers est reléguée, de nos jours, au rang de question annexe du droit international privé, un principe d'égalité des droits entre étrangers et nationaux ayant été affirmé depuis plus d'un demi-siècle par la jurisprudence, il n'en demeure pas moins que cette étude a été, tout au long du XIX^e, un préalable nécessaire à l'étude du conflit de lois. A cette époque, l'extranéité personnelle, celle des parties, s'affirmait comme un préalable non à l'étude du conflit de lois mais à celle de la condition des étrangers laquelle était un préalable à l'étude du conflit de lois (1). Le triptyque extranéité préalable, catégorie de rattachement, critère de rattachement semble ainsi n'être qu'une survivance d'un tableau originellement composé de quatre parties — d'une extranéité préalable, de la condition des étrangers, d'une catégorie de rattachement et d'un critère de rattachement — duquel aurait disparu la condition des étrangers. Cette disparition aurait dû entraîner celle de son support, l'extranéité préalable, élargissant le domaine d'intervention du droit international privé à toutes situations de fait : en effet, la subordination du conflit de lois à la condition des étrangers étant aujourd'hui révolue, il aurait dû en être de même de la subordination du conflit de lois à l'extranéité générale de la situation (2).

1. *L'extranéité personnelle, préalable à la condition des étrangers*

L'assise juridique de la problématique conflictuelle et de sa solution ont résidé au XIX^e, en doctrine du moins, dans l'idée d'une communauté de droit. Une telle assise emportait une double conséquence : une première, comme nous venons de le rappeler, a été de scinder la méthode de résolution conflictuelle en deux temps, celui de la détermination de l'internationalité, précisément celle résultant de l'appartenance à une même communauté de droit, et celui du rattachement à un ordre juridique particulier ; une deuxième conséquence a été de pratiquer une distinction entre les relations litigieuses susceptibles d'être appréhendées par la communauté de droit et celles qui ne l'étaient pas. Un partage a donc été effectué entre deux types de relations juridiques, celles relevant de la communauté de droit et celles qui demeuraient enserrées au sein des ordres juridiques nationaux. La communauté de droit s'est présentée ainsi comme une communauté d'intérêts supérieurs autorisant la reconnaissance de tous les droits naturels et imprescriptibles dont l'être humain peut bénéficier, quelle

que soit sa nationalité ; à l'inverse, cette communauté d'intérêts ne pouvait rien devant les spécificités locales et les institutions particulières de chaque ordre juridique.

Cet aménagement des relations selon qu'elles relèvent de la communauté de droit ou des ordres juridiques particuliers rappelle une autre distinction suggérée par Aubry et Rau et consacrée par la jurisprudence (40) : celle des droits civils et des droits des gens. Cette distinction a été proposée en guise d'interprétation de l'article 11 du Code civil (41) qui dispose que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». Elle permet d'opposer les droits civils, droits dont seuls les nationaux bénéficient, aux droits naturels dont tous, étrangers ou nationaux, bénéficient. Dans le premier cas, le particularisme local interdit aux étrangers d'accéder aux institutions du for sauf à bénéficier d'une admission à domicile (42) ou d'un traité de réciprocité ; dans le second cas, l'appartenance de ces droits à la catégorie des droits naturels ouvre son accès à tous.

La division rencontrée en matière de conflit de lois se retrouve, ainsi, en matière de condition des étrangers. La communauté d'intérêt, qui sert de postulat fondamental aux solutions conflictuelles préconisées par Savigny, est celle-là même qui englobe le *jus gentium* (43) et à la participation de laquelle sont conviés les étrangers. C'est le sens de la thèse de Monsieur Carnet (44) qui a largement démontré l'identité (45) d'objet des deux matières.

Cette identité a pu faciliter la jonction des deux matières dans un ordre chronologique, consacré dès la première moitié du XIX^e, l'étude de la

(40) Ch. Réunies, 12 juill. 1848 : D.P. 1848, 1, 140 qui refuse le droit à la protection du nom commercial relevant du droit civil ; également, Cass. 16 févr. 1875 : S. 1875, 1, 193 qui intègre la puissance paternelle dans la catégorie *jus gentium* ou Cass. 4 mars 1884 : D.P. 1884, 1, 205 qui indique que l'hypothèque légale de la femme mariée ne relève pas du droit des gens.

(41) Trois interprétations essentiellement de l'article 11 du Code civil ont été faites, dont celle d'Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae*, t. I, 6^e éd., par Bartin, Paris, 1936, t. I, § 78, p. 468 s., celle de Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1845, t. I, n° 240 s. qui érige en principe l'exclusion de l'étranger de la sphère législative française sauf cas spécifiques prévus par la législation française et de Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'Ancien et le Nouveau Droit*, Paris, 1844, p. 291 s. qui, à l'inverse, pose un principe d'égalité entre étrangers et français sauf cas spécifiques prévus par la législation française.

(42) Prévus par l'ancien article 13 du Code civil (abrogé par la loi du 10 Août 1927)

(43) Sur le contenu du *jus gentium* tel qu'il était conçu au XIX^e, P. Desarnauts, *De la condition civile de l'étranger dans l'Antiquité et de la personnalité des lois* : Thèse Toulouse, 1879, spéc. p. 71 s. qui assimile le *jus gentium* au droit naturel propre à l'homme par opposition au *jus civile* propre aux systèmes juridiques.

(44) O. Carnet, *Etude critique de la distinction entre la condition civile de l'étranger et les conflits de lois* : Thèse Paris I, 1977, p. 201-206.

(45) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 19-20, parlera d'analogie.

condition des étrangers précédant celle du conflit de lois, comme nous l'indique Demangeat dans l'ouvrage de Foelix (46) qu'il commente. L'étude de la jouissance du droit invoqué par l'étranger appelle une analyse de sa condition civile et l'étude de l'exercice de ce même droit appelle une analyse conflictuelle, la seconde étude succédant à la première (47).

La question de la jouissance se résout alors par une analyse du droit subjectif invoqué par l'étranger : qu'il s'agisse d'un droit civil et sa jouissance sera refusée ; qu'il s'agisse d'un droit naturel et sa jouissance sera accordée. Dans le cas où l'étranger ne peut jouir du droit qu'il invoque, il ne saurait, *a fortiori*, l'exercer : aucune question propre à la loi applicable à l'exercice de ce droit ne se pose. Dans le cas où, au contraire, l'étranger est habilité à jouir du droit qu'il invoque, se pose la question de la loi applicable à l'exercice de son droit : l'étude du conflit de lois succède alors à l'étude de la condition des étrangers.

L'identité d'objet s'accompagne ainsi d'une identité de méthode, que l'on pourrait qualifier d'inductive (48). Inductive, dans la mesure où le raisonnement suivi pour déterminer l'accès de l'étranger aux institutions du for consiste non pas à vérifier si la *lex fori* profite à l'étranger mais

(46) Foelix, *Traité du droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé*, 3^e éd. par Demangeat, 1856, Titre préliminaire, chap. II, p. 12-13; note de bas de page a) de Demangeat : « Je crains bien que M. Foelix n'ait confondu ici deux choses parfaitement distinctes, la question de la jouissance ou de la privation des droits civils et la question du conflit entre législations diverses. Toutes les fois qu'on recherche quelle est dans un pays la condition légale des étrangers, il faut d'abord se demander si, d'après la législation de ce pays, tels ou tels droits, telles ou telles matières d'acquérir, etc., existent pour les étrangers comme pour les nationaux (...). Puis, quand on a reconnu que tel droit (...) est accessible à l'étranger, il reste à déterminer quelle loi sera applicable ».

(47) La plupart des statutaires du XIX^e étendent les modes de résolution statutaire applicables aux conflits de statuts nés à l'intérieur d'un État (entre statuts municipaux) aux conflits de lois étatiques. Cette extension se double d'un changement de critère utile au déclenchement du conflit : le domicile d'origine (l'« *origo* ») du Bolognais devient la nationalité italienne, le juge de Modène devient le juge italien, et la question du conflit de lois est nécessairement précédée d'une étude, propre à la toute nouvelle extranéité personnelle des parties, de la condition des étrangers. En ce sens, Lainé, *Le droit international privé en France dans ses rapports avec la théorie des statuts* : JDI 1885, p. 129 s., p. 249 s., 1886, p. 146 s., 1887, p. 21 s., spéc. JDI 1885, p. 265 : « Il est bien vrai que la théorie des statuts eut en vue premièrement et surtout le conflit des lois locales de chaque pays. Mais il est impossible de ne pas reconnaître, après tant de témoignages, qu'elle fut étendue, sans même qu'il y ait trace à cet égard de résistances ou d'hésitations, au conflit des lois des divers pays. Elle était donc toute prête, en 1804, à devenir en France la base du droit international privé. » ; également, Varelles-Sommières, *op. cit.*, p. XXXII, note 1 : « ce qu'ils (les statutaires) étudiaient, ce n'était point la situation de l'étranger dans l'État, mais la situation dans une des provinces de l'État d'un national domicilié dans une autre province du même État. Or, une fois tranchée la question de savoir quelle législation provinciale le national relevait à tel ou tel point de vue et dans telle ou telle circonstance, tout était dit, car le droit commun de la province s'appliquait à lui purement et simplement (...). Aujourd'hui que notre science s'occupe, non pas de la situation du national hors de sa province, mais de celle du national hors de l'État, il ne suffit pas de dire à quelle législation il est soumis, car la législation à laquelle il est soumis peut avoir de bonnes raisons d'établir des règles spéciales aux sujets de cette catégorie et de ne pas leur appliquer en tout le droit commun. »

si le droit subjectif sollicité par l'étranger peut lui être accordé. Ce droit subjectif, qui sert de point de départ au procédé inductif, est analysé à travers le prisme de la distinction de la catégorie du droit des gens et de la catégorie du droit civil. Si le droit subjectif est qualifié de droit des gens, l'étranger pourra en bénéficier ; s'il est qualifié de droit civil, l'étranger en sera privé. Dans le seul cas où il en bénéficie, au titre de la jouissance, la question de l'exercice est posée et précisément celle de la loi régissant cet exercice, déterminée selon la catégorie de rattachement propre au conflit de lois — à laquelle il appartient : un même procédé inductif, celui du conflit de lois, prolonge le procédé inductif suivi pour l'étude de la condition des étrangers.

Dans cette mesure, la jonction d'une extranéité préalable, de type personnel exclusivement, à l'étude de la condition des étrangers puis à l'étude du conflit de lois s'explique aisément. En présence de relations liant des nationaux entre eux, le droit interne s'applique directement sans qu'aucune question ayant trait à la condition des étrangers ne se pose ; en présence de relations liant des nationaux à des étrangers (49), la question de la condition des étrangers est immédiatement posée à la communauté de droit ; l'extranéité personnelle des parties, celle résultant de leur nationalité ou de leur domicile d'origine, apparaît donc comme un préalable à l'étude de la condition des étrangers qui peut s'achever par l'autorisation donnée ou non par cette communauté de droit de se prévaloir des droits subjectifs invoqués.

L'examen de l'extranéité préalable, celle qui résulte du critère de la nationalité ou du domicile d'origine, précède l'examen de la condition

(48) Ce changement de méthode est caractéristique du XIX^e où la liberté de l'individu est régulièrement opposée à l'autorité de l'Etat. Le point de départ des analyses doctrinales n'est plus la loi à laquelle l'autorité de l'Etat est assimilée mais la prérogative individuelle. On n'étudie plus le champ d'application dans l'espace de la loi mais la nature du rapport de droit invoqué. Le droit objectif laisse place aux droits subjectifs. Les solutions ne sont plus déterminées en fonction des particularismes locaux des systèmes juridiques étatiques mais en fonction de la volonté de l'homme dont les droits subjectifs, universels et imprescriptibles, dépassent toute forme de frontières pour ressortir à une unique communauté d'intérêts. L'empreinte de cette philosophie est particulièrement marquée chez Savigny, cf. P. Patocchi, *op. cit.*, p. 203-205 et A. Bucher, *op. cit.*, : RCADI, p. 61 s. et Travaux comité fr. DIP, p. 210, également O. Jouanjan, *La volonté dans la science juridique allemande du XIX^e : itinéraires d'un concept, entre droit romain et droit politique* : Rev. Droits, n° 28, 1998, p. 47 s., et spéc. p. 55, et S. Paulson, *Hans Kelsen et les fictions juridiques* : Rev. Droits, n° 21, 1995, p. 65 s. et spéc. p. 67.

(49) L'hypothèse de deux relations liant deux étrangers étant plus rare car il existe un principe d'incompétence de l'ordre juridictionnel français pour les litiges entre étrangers sauf le cas où l'étranger est admis à domicile et le cas où quand bien même l'étranger n'est pas admis à domicile, la compétence au fond de la *lex rei sitae* l'emporte sur ce principe d'incompétence (cf. B. Audit, *op. cit.*, n° 329) ; la Cour de cassation mettra fin à ce principe en 1948, dans l'affaire Patino, Cass. civ., 21 juin 1948 : Rev. crit. DIP 1949, p. 357 s., confirmé par l'arrêt Scheffel, Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 1962 : Rev. crit. DIP, 1963, p. 387 s. ; sur la question de l'incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers, E. Glisson, *Compétence des tribunaux français entre étrangers* : JDI 1881, p. 105 s. — J. Perroud, *Principes de compétence pour les procès entre étrangers* : JDI 1927, p. 562 s.

des étrangers qui précède, le cas échéant, l'examen du conflit de lois (50). Sous cet angle, l'étude du conflit de lois ne peut être présentée autrement que subordonnée à l'extranéité personnelle des parties avec la précision toutefois que cette subordination est indirecte puisqu'elle passe par l'étude de la condition des étrangers, postérieure à la détermination de l'extranéité et antérieure à la mise en œuvre de la règle de conflit.

Le triptyque extranéité préalable, catégorie de rattachement et critère de rattachement se présente donc, au XIX^e et jusqu'au milieu du XX^e, comme un tableau en quatre parties : extranéité préalable personnelle, condition des étrangers, règle de conflit de lois elle-même organisée sous la forme d'une catégorie de rattachement et d'un critère de rattachement.

Autrement dit, à cette époque, l'extranéité préalable, celle qui vise les parties elles-mêmes, est un élément antérieur non au conflit de lois lui-même mais à la condition des étrangers ; sans cette extranéité, la question litigieuse ne donnerait pas lieu à l'étude de la condition des étrangers et par suite, à celle du conflit de lois.

Cette présentation ne vaut, cependant, que tant que la condition des étrangers est considérée comme un préalable au conflit de lois. Or, si cela était le cas tout au long du XIX^e siècle, deux arrêts de la Cour de cassation du milieu du XX^e ont mis fin à une telle présentation, qui n'a donc plus lieu d'être depuis près d'un demi-siècle.

2. L'extranéité générale, préalable au conflit de lois

En posant qu'il « est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés » (51), la Cour de

(50) Cette division du droit international privé se retrouve dans la plupart des manuels de la fin du XIX^e comme de la première moitié du XX^e. Le droit international privé est présenté en au moins trois parties qui se composent de l'étude de l'extranéité personnelle (nationalité ou domicile) des parties, de la jouissance des droits à travers la condition des étrangers, de l'exercice des droits à travers le conflit de lois, à laquelle peut s'ajouter l'étude des droits acquis ou de la compétence internationale des tribunaux. Le lien entre extranéité personnelle, condition des étrangers et conflits de lois fait presque systématiquement l'objet d'une justification d'ordre méthodologique : pour des exemples caractéristiques de cette présentation, *Lainé, op. cit.*, t. I, p. 15-17 qui présente les questions de nationalité et de condition des étrangers comme des questions préjudicielles au conflit de lois, également *Weiss, Traité théorique et pratique du droit international privé*, qui présente successivement, dans trois tomes, le critère d'extranéité personnelle, précisément la nationalité (t. I, 1907, 2^e éd.), les droits de l'étranger, précisément la condition de l'étranger (t. II, 1908, 2^e éd.) et les conflits de lois (t. III, 1912, 2^e éd.), également *Pillet, Traité pratique de droit international privé*, 1923, spéc., p. 15, n^o 7 qui présente successivement les trois questions ajoutant celle des droits acquis ou encore *Niboyet, Traité de droit international privé*, 1947, 2^e éd., p. 1-9 qui divise la question de droit international privé en trois étapes, une première portant sur l'extranéité personnelle des parties, précisément sur la nationalité et le domicile des personnes, une seconde portant sur la jouissance des droits des étrangers (condition civile des étrangers) et une troisième sur l'exercice des droits des étrangers (conflit de loi).

(51) Arrêt *Lefait*, Cass. civ. 27 juill. 1948 : *Rev. crit.* 1949, p. 75 s., note *Batiffol* ; *D.* 1948, p. 535, confirmé par l'arrêt *Le chant du monde*, Cass. civ., 22 déc. 1959 : *D.* 1960, p. 93, note *G. Holleaux* ; *Rev. crit.* 1960, p. 361, note *F. Terré* ; *JDI* 1961, p. 420, note *Goldman*.

cassation, dans un arrêt Lefait du 27 juillet 1948 a consacré une modification — entérinée par la doctrine depuis le début du XX^e — de l'interprétation jusqu'alors prédominante de l'article 11 du Code civil, celle puisée dans la distinction du droit civil et du droit des gens. L'affirmation d'une égalité des droits entre étrangers et nationaux constitue, purement et simplement, une inversion du raisonnement consacré au XIX^e (52) par la jurisprudence et fondé sur l'idée d'un examen systématique des droits invoqués par les étrangers.

L'affirmation de ce principe a eu pour conséquence de réduire de façon considérable l'étendue de la matière de la condition des étrangers, le principe étant qu'ils ont accès à toutes les prérogatives dont bénéficient les nationaux, sauf cas de refus exprès. Corrélativement, la vérification de la qualité de l'étranger pour jouir du droit invoqué paraît alors dépassée : la jouissance de tous les droits étant acquise, sauf refus explicite, il n'est plus nécessaire de vérifier au préalable, avant une éventuelle application de la loi française, la nature du droit invoqué — droit civil ou droit des gens. Plus fondamentalement, comme s'est attaché à le démontrer M. Carmet dans sa thèse (53), le nouveau principe a pour conséquence d'inviter le juge à consulter directement la loi française pour vérifier si l'étranger entre ou non dans un cas de refus ; de ce fait, la jouissance du droit se confond désormais avec l'exercice. Soit l'étranger entre dans un des cas de refus expressément visés par le législateur français et il n'a alors pas accès aux institutions du for, auquel cas jouissance du droit et, par suite, exercice du droit lui sont refusés ; soit l'étranger n'entre dans aucun cas de refus et il bénéficie alors de la législation française comme un national, jouissance et exercice du droit étant acquis.

Autrement dit, la loi française est systématiquement consultée pour répondre à la question de la condition des étrangers, consacrant une séparation nette entre la condition des étrangers et le conflit de lois. En effet, si cette loi française est consultée, ce ne peut être que pour deux raisons : soit elle est consultée après que son applicabilité à la question litigieuse ait été admise par le jeu des règles de conflits de lois ; soit elle est consultée *a priori* comme *lex fori*. Or, dans les deux cas, le conflit de lois se sépare nettement de la condition des étrangers et ne répond plus à la chronologie classiquement adoptée : dans le premier cas, aux rebours de l'enseignement classique, il précède l'analyse de la condition des étrangers ; dans le second, il n'entretient aucune relation d'ordre chronologique, les deux raisonnements étant menés en parallèle.

(52) La jurisprudence avait, semble-t-il, déjà consacré le principe d'une égalité entre étrangers et nationaux dans le domaine commercial, nécessairement plus ouvert aux échanges, cf. Arrêt Burnett, Cass. 18 juill. 1895 : S. 1895, 1, 205, note Lyon-Caen.

(53) O. Carmet, *op. cit.*, p. 351 s.

Dans ces conditions, l'étranger qui invoque un droit subjectif précis devant le juge français est soumis à un double traitement, désormais indépendant : sa prétention sera examinée au regard du conflit de lois une première fois, au regard de la condition des étrangers une deuxième fois, ce second examen étant puisé dans le droit français en cas de désignation du droit français comme droit applicable à sa prétention. Jouissance et exercice se mêlent au profit ou aux dépens de l'étranger sans que l'analyse de la jouissance précède nécessairement celle de l'exercice et, plus généralement, sans que l'analyse de la condition des étrangers précède nécessairement celle du conflit de lois.

Pour reprendre la formule de M. Carmet (54), « la présentation didactique des questions de condition des étrangers et des conflits de lois doit être corrigée. Il n'y a plus lieu de faire des premières un préalable des secondes car les problèmes relatifs aux non-nationaux ne sont susceptibles de se révéler qu'une fois admise la compétence d'une règle substantielle française ».

Or à la condition des étrangers a toujours été historiquement attachée l'existence d'un élément d'extranéité personnelle et préalable à l'étude du conflit de lois. En détachant la condition des étrangers du conflit de lois, la jurisprudence nous invite dès lors à détacher l'extranéité préalable, support unique et exclusif de la condition des étrangers, du conflit de lois lui-même. Car le lien qui unit, dans la doctrine classique, le conflit de lois à l'extranéité préalable résulte directement du lien établi entre le conflit de lois et la condition des étrangers. L'extranéité préalable, manifestation de l'appartenance à une communauté de droit, n'impliquait au XIX^e de recherche d'ordre conflictuel, au sein de cette même communauté de droit, qu'au cas où l'étranger était admis à jouir du droit naturel qu'il invoquait ; dans le cas contraire, l'étude du conflit de lois n'était pas possible, le droit civil étant lui-même rattaché aux ordres juridiques particuliers sans jamais ressortir à cette communauté d'intérêts. Mais, dès lors que l'on dissocie la matière conflictuelle des règles régissant la condition des étrangers, l'on doit également dissocier la matière conflictuelle de l'idée d'une extranéité préalable. Le rapport de droit international étant le fruit d'un raisonnement inductif propre au procédé inductif utilisé pour l'examen de la condition des étrangers, il n'a aucune espèce d'autonomie qui lui permettrait de fonder directement le conflit de lois.

Il apparaît ainsi que la dénaturation du raisonnement conflictuel moderne semble provenir du glissement produit par le passage d'une opération intellectuelle comportant quatre phases à une opération intellectuelle en comportant trois. Alors que l'exigence d'un rapport de droit international n'avait de sens que dans une perspective inductive propre à la méthode de la condition des étrangers, la doctrine en est venue à en faire un

(54) O. Carmet, *op. cit.*, p. 451.

élément déclencheur du conflit de lois lui-même. Pourtant, prendre acte du changement de présentation des deux problématiques — conditions des étrangers et conflit de lois — opéré par l'arrêt Lefait, devait conduire non seulement à abandonner la condition des étrangers comme préalable à l'analyse conflictuelle mais, plus fondamentalement, à abandonner son support, le rapport de droit international.

Une telle perspective semble impossible aux yeux de la doctrine contemporaine qui a, parallèlement à cette évolution touchant à la condition des étrangers (55), élargi les critères d'extranéité à tous éléments, outre le critère de nationalité des parties, celui du domicile, du lieu de commission du délit, du lieu de célébration du mariage, etc. Au regard de cet élargissement, le lien entre extranéité et condition des étrangers paraît faible : il se réduit au seul cas où l'élément préalable d'extranéité est la nationalité ; dans les autres cas, la condition des étrangers n'est pas concernée, au contraire du conflit de lois.

L'élargissement des critères d'extranéité semble pourtant artificiel et ne répond pas à la tradition juridique conflictuelle, du moins à celle qui a perduré jusqu'au milieu du XX^e, et qui a régulièrement présenté l'élément d'extranéité comme un élément d'extranéité personnel, et non général, préalable à la condition des étrangers et non au conflit de lois (56).

(55) L'évolution des rapports entre condition des étrangers et conflits de lois a été plus ou moins prise en compte par la doctrine, cf. H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, n° 159, qui constatent l'inversion du rapport mais conservent l'étude de la condition des étrangers avant celle du conflit de lois ; Y. Loussouarn et P. Bourel, *op. cit.*, n° 658 ne constatent pas l'inversion du rapport ; P. Mayer, *op. cit.*, n° 996 s. qui relève l'inversion du rapport entre les deux matières ; également, B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4^e éd. : Dalloz, 2001, sous l'arrêt Lefait — n° 20, p. 187, n° 7.

(56) L'ensemble des auteurs de la fin du XIX^e et du début du XX^e présentent le conflit de lois comme subordonné à l'étude de la condition des étrangers laquelle est suspendue à la présence d'une extranéité personnelle de l'une des parties dans la relation litigieuse : Weiss, *Manuel de droit international privé*, 1885, p. 1 s. pour la condition des étrangers et p. 131 s. pour le conflit de lois ; introd., n° 6. Les ouvrages d'Audinet, *Principes élémentaires du droit international privé*, 1894, n° 18, de Despagnet, *Précis de droit international privé*, 2^e éd., revue par Boeck, 1909, p. 89, de Surville et Arthuys, *Cours élémentaire de droit international privé*, 2^e éd., 1895, p. 125 s., de Valéry, *Manuel de droit international privé*, Paris, 1914, p. 410 s., de Pillet, *Principes de droit international privé*, 2^e éd., 1903, p. 27 s., n° 10, *Traité pratique de droit international privé*, 1923, t. 1, p. 310 s., de Bartin, *Principes de droit international privé*, Paris, 1930, vol. 1, p. 9 s., § 5, spéc. p. 12 de Niboyet, *Traité de droit international privé*, 1938, t. 2, p. 1 s., de Savatier, *Cours de droit international privé*, LGDJ, 1946, n° 156, p. 105 s. Les statutaires purs ne subordonnent pas le conflit de lois à la condition des étrangers : ils partent de la loi du for et en vérifient le champ d'application dans l'espace, territorial ou extra-territorial, englobant ou non les étrangers dans une même logique de jouissance et d'exercice des droits, cf. Beaumont, *Théorie des statuts*, 1840, Mailher de Chassat, *op. cit.*, p. 209-228, Foelix, *op. cit.*, p. 12 et la remarque de Demangeat à la note a) et p. 19-36 « les principes fondamentaux », Barde, *Théorie traditionnelle des statuts*, 1880, Brochet, *Etude sur les principes généraux consacrés par le Code civil français comme base du droit international privé* : JDI 1881, p. 5 s., Vareilles-Sommières, *op. cit.*, spéc. p. XXI, n° XXX qui critique une telle subordination et plus tard Lepaullé, *Nature et méthode du Droit international privé* : JDI 1936, p. 284 s. qui choisit une méthode de présentation de type statutaire.

En définitive, c'est un double glissement qui s'est opéré : d'une part, le conflit de lois n'est plus subordonné à la condition des étrangers mais il est directement subordonné à une extranéité de la relation (57) ; d'autre part, il ne s'agit plus d'une extranéité personnelle résultant de la nationalité étrangère d'une partie, mais d'une extranéité générale ou quelconque (58).

La disjonction entre la condition des étrangers et le conflit de lois étant consommée, il peut sembler critiquable de ne pas en faire autant avec le

(57) Une formule de Pillet reflète bien ce glissement : *Traité*, 1923, *op. cit.*, p. 15-16, n° 7 : « Les trois questions générales formulées plus haut [condition des étrangers, conflits de lois, droits acquis] se retrouvent toujours en fait dans l'ordre indiqué. Prenons par exemple le mariage. On se demande d'abord si un étranger peut se marier puis quelle loi il devra suivre pour que ce mariage soit valable (...) Mais ce n'est pas à dire que dans une hypothèse concrète ces questions se posent nécessairement toutes les trois. Souvent l'une d'elles seule fait difficulté et les autres ne sont même pas mentionnées. En matière de propriété des choses corporelles, la question de jouissance et aussi celle du respect des droits ne se posent même pas, les conflits de lois seules font difficultés » et, avant lui, Surville, *op. cit.*, p. 126 qui considère que l'assimilation des étrangers et des nationaux, du point de vue de la jouissance de leurs droits n'empêche pas le conflit de lois de naître. Ces formules résument bien les raisonnements suivis à cette époque : si le conflit de lois se pose directement sans étude préalable de la condition des étrangers, c'est que, dans certains domaines, les étrangers ont des droits identiques aux nationaux ne nécessitant pas d'étude, préalable au conflit de lois, de la condition des étrangers ; l'extranéité de la situation devient ainsi directement un préalable au conflit de lois. Aujourd'hui, une telle question ne se poserait certainement pas, le conflit de lois étant présenté comme le fruit d'une extranéité préalable en dehors de toute problématique relative à la condition des étrangers.

(58) Ce second glissement était déjà perceptible chez les auteurs qui se présentent comme des disciples de Savigny, par exemple Valéry, *op. cit.*, p. 3 qui définit le droit international privé comme la branche du droit qui a pour objet « les rapports de droit privé qui contiennent un élément étranger » et p. 478 s. où il distingue les rapports nationaux des rapports internationaux, ce qui ne l'empêche pas d'ailleurs de présenter l'étude du conflits de lois comme postérieure à la condition des étrangers, également Asser, traduit par Rivier, *Éléments de droit international privé*, 1884, p. 38-42, qui consacre peu de place à la condition des étrangers, pour présenter directement le conflit de lois (p. 43 s.). Également chez Pillet, *Principes de droit international privé*, 1903, p. 24, § 29, qui considère ainsi qu'un « même rapport de droit se rattachant par ses divers côtés à plusieurs législations, fait surgir un doute sur le point de savoir quelle loi doit être appliquée » ; mais ce sera surtout Arminjon, *Précis de droit international privé* : Dalloz, 2^e éd., t. I, 1927, p. 12-13 qui, sans se considérer comme un disciple de Savigny, donnera à la règle de conflit — qu'il appelle « règle de rattachement » — sa formulation moderne ; consacrant la dissociation entre extranéité préalable et critère de rattachement, il exclut du droit international privé (cf. Arminjon : *Précis*, t. II, 2^e éd., 1934, p. 1-2) la question de la nationalité — donc de l'extranéité personnelle préalable — et la question de la condition des étrangers, réduisant la matière aux conflits de lois et de juridictions ; cet auteur a particulièrement contribué à la systématisation intensive de la méthode conflictuelle (cf. Arminjon, *op. cit.*, t. I, 1947, p. 25-49 où il traite de l'objet, du fondement, de la place et de la méthode du droit international privé et Livre IV intitulé « Les circonstances de rattachement, les règles de rattachement et leurs exceptions »). L'ouvrage de Lerebours-Pigeonnière : *Précis de droit international privé*, 6^e éd., Paris, 1954, semble marquer un tournant définitif dans le sens de la présentation moderne : dans la 4^e éd. de 1946 rédigée par Lerebours-Pigeonnière, une présentation classique de la matière est faite à travers la nationalité, la condition de l'étranger puis le conflit de lois ; dans la 7^e éd. de 1959, rédigée par Yvon Loussouarn, l'auteur pose la question de l'intégration de la nationalité et de la condition des étrangers au sein de la matière, partant du principe qu'elle regroupe, au moins, les conflits de lois qui seront, par ailleurs, définis comme un problème d'option (cf. n° 6) option, bien entendu, entre différents éléments d'extranéité, éléments qui deviendront préalables dans le Précis Dalloz (cf. Y. Loussouarn et P. Bourel, *op. cit.*).

rapport de droit international. Dans la mesure où ce rapport de droit international, dans son origine, n'est que le support indispensable du régime juridique des étrangers, il devrait, selon nous, suivre le sort réservé à la condition des étrangers, précisément être disjoint de l'application des règles de conflits de lois : à une méthode inductive, fondée sur une extranéité générale de la relation, devrait ainsi se substituer une méthode déductive fondée directement sur la vérification du champ d'application dans l'espace de la loi du for dans un premier temps, des lois étrangères si le for renonce à ses prétentions dans un second temps. L'extranéité préalable disparaît alors de la présentation, réduisant le triptyque à un tableau en deux parties : catégorie de rattachement et critère de rattachement.

Il y a ici une coupure (59) nette entre le raisonnement syllogistique réellement suivi pour résoudre le conflit de lois et la systématisation doctrinale de la méthode conflictuelle, le premier ramenant l'extranéité préalable à un critère précis de rattachement, la seconde dissociant l'extranéité du critère de rattachement. L'étude synchronique ou structurelle de la règle de conflit et de son élément préalable d'extranéité nous le confirmera.

II. — L'ÉLÉMENT D'EXTRANÉITÉ : PERSPECTIVE SYNCHRONIQUE

Les conclusions de l'examen diachronique du concept d'extranéité préalable nous conduisent donc à rejeter la présentation contemporaine du conflit de lois comme un conflit subordonné à la caractérisation préalable de l'extranéité de la relation litigieuse, un tel schéma ne pouvant se concevoir que si, techniquement, l'étude de la condition des étrangers constituait un préalable au conflit de lois et si, fondamentalement, des règles unitaires de droit international privé régissaient un même espace géographique formant une communauté de droit identique à celle qui pouvait exister dans l'esprit des doctrines internationalistes du XIX^e. Pourtant, ni la technique juridique, ni les fondements philosophiques ne se sont maintenus au cours de cette deuxième moitié du XX^e : techniquement, la condition des étrangers n'est plus un préalable au conflit de lois ; fondamentalement, la communauté de droit a laissé place à un ensemble d'ordres juridiques particularistes.

Or l'enseignement doctrinal classique présente comme établie la séparation entre extranéité préalable et critère de rattachement, subordonnant

(59) Sur cette coupure, O. Carnet, *op. cit.*, p. 451-452 qui constate le refus de la doctrine de prendre en compte les nouveaux rapports entre condition des étrangers et conflits de lois consacrés par la jurisprudence ; depuis, cependant, les différents manuels de droit international privé ont intégré cette modification mais l'extranéité demeure présentée comme un élément préalable.

ainsi la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, et donc la désignation de la loi applicable par le critère de rattachement, à la démonstration d'une extranéité préalable (A). Mais le cheminement intellectuel suivi en droit international privé pour résoudre le conflit de lois suppose, au contraire, une identification de l'extranéité préalable et du critère de rattachement : la relation serait interne au for ou étrangère au for selon que la subsumption de la situation de fait litigieuse dans une catégorie de rattachement mène à la désignation de la *lex fori* ou de la *lex causae*, le tout en dehors de toute analyse d'une extranéité préalable (B).

A. — La dissociation formelle de l'extranéité préalable et du critère de rattachement

La disjonction de l'élément préalable d'extranéité et du critère de rattachement, pratiquée par la réglementation indirecte savignienne, doit être rapprochée de la distinction — d'ordre méthodologique — du raisonnement déductif et du raisonnement inductif employée en droit international privé. Le premier, pratiqué par les statutaires, vérifie le champ d'application dans l'espace de la loi du for et en détermine l'applicabilité à la relation litigieuse : soit le champ d'application dans l'espace assignée à la loi du for englobe la situation de fait qui lui est soumise, soit il ne l'englobe pas auquel cas une éventuelle bilatéralisation du critère de rattachement permettra de désigner une loi étrangère ; l'extranéité se confond alors avec le critère de délimitation de la loi du for. Le second, pratiqué par les disciples de Savigny, vérifie, préalablement à toute analyse, le caractère international de la relation litigieuse et, le cas échéant, l'intègre dans une catégorie de rattachement qui mène à un critère de rattachement permettant la désignation, indifféremment, de la *lex fori* ou d'une *lex causae*.

En soi, une telle division méthodologique (60), bien qu'elle ait pu être qualifiée de révolution copernicienne (61), n'est pas si tranchée : un certain nombre d'auteurs n'ont pas hésité à le rappeler (62) et Savigny lui-même suggérait l'une ou l'autre de ces approches, préférant, il est vrai, l'approche

(60) Sur cette division, G. Barile, *op. cit.*, spéc. p. 346, également E. Vitta, *Cours général de droit international privé* : RCADI, 1979, I, p. 13 s. et spéc. p. 28-29 et G. van Hecke, *Principes et méthodes en droit international privé* : RCADI, 1969, I, p. 401 s. et spéc. p. 449.

(61) L'expression est de Neuhaus, *Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache* : *Zeitschrift für Ausländisches und internationales Privatrecht*, 1949-50, p. 364 s.

(62) *Supra*, n° 60.

inductive (63). Dès lors, s'attacher à démontrer que l'une ou l'autre de ces méthodes est plus efficace ou plus cohérente voire plus proche de la pratique judiciaire peut sembler superfétatoire.

Mais la systématisation poussée dont la règle de conflit a fait l'objet (64), tout au long du XX^e et en particulier durant sa deuxième moitié (65), a érigé la méthode inductive en principale méthode du droit international privé, reposant sur le rapport de droit international et précisément sur l'élément d'extranéité préalable. Or, la fonction prêtée à l'élément préalable d'extranéité, placé au cœur de cette méthode conflictuelle, a pu produire des effets nuisibles sur la mise en œuvre du mécanisme conflictuel lui-même (1) et plus généralement sur son autorité (2), rendant indispensable un examen de son utilité véritable.

B. Effets de la dissociation sur la mise en œuvre de la règle de conflit de lois

Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer la contradiction intrinsèque du mécanisme conflictuel tel qu'il était présenté par la doctrine contemporaine : contradiction résultant de la double nature conférée à la relation litigieuse, internationale au départ du raisonnement puis interne au for ou à un ordre juridique étranger, en fin de parcours. Une telle contradiction ne constitue cependant qu'un simple argument formel que l'on peut opposer à la présentation formelle du conflit de lois ; elle ne saurait amener à reconsidérer toute la technique conflictuelle.

En revanche, lorsque la dissociation a pour effet d'exclure, à tort, le jeu conflictuel, elle doit être sérieusement remise en cause. La présentation formelle de la réglementation conflictuelle adoptée par la doctrine contemporaine ne saurait, en effet, avoir des conséquences de fond sur le règlement du conflit de lois et se révéler contre-productive. C'est justement ce qui

(63) Savigny, *op. cit.*, t. VIII, p. 6-7, § 344 qui distingue entre deux méthodes de rapprochement des rapports de droit et des règles de droit, l'une étudiant « l'empire » de ces règles sur ces rapports de droit (« Les règles de droit sont appelées à régir les rapports de droit ; mais quelles sont les bornes de leur empire ? ») et l'autre qui étudie « la soumission » des rapports de droit aux règles de droit (« Supposons un rapport de droit à juger ; nous cherchons pour cela une règle du droit sous l'empire duquel se trouve ce rapport et d'après lequel il doit être jugé »), le tout pour conclure à la similitude des deux approches (« Ces deux manières d'envisager la question ne diffèrent que par leur point de départ. La question à résoudre reste toujours la même, et sa solution ne peut varier d'un cas à l'autre »). C'est donc un choix philosophique et non technique : l'esprit individualiste et le subjectiviste de l'époque conduisaient l'auteur à privilégier les rapports de droits comme point de départ de son analyse.

(64) Une telle systématisation a été dénoncée à plusieurs reprises, cf. G. Sperduti, *Théorie du droit international privé* : RCADI, 1976, III, p. 173 s. et spéc. p. 183-184 qui attribue la coupure entre la présentation statutaire déductive et la présentation savignienne inductive à une différenciation illégitime de l'objet de référence des deux présentations — norme ou rapport de droit ; l'auteur suggère ainsi que « la diversité de l'objet de référence des règles de droit international privé a fini par être considérée comme un point acquis, voire comme le point de départ de l'analyse des éléments constitutifs de ces règles ».

peut se produire lorsqu'il est prêté à l'élément d'extranéité un rôle tel qu'il peut devenir exclusif du mécanisme conflictuel. En effet, si l'on admet que l'extranéité est un préalable au conflit de lois, l'absence d'extranéité peut interdire toute recherche d'ordre conflictuel. Cette logique, *a priori* saine, peut devenir gênante lorsque l'on cherche à affiner l'élément d'extranéité en lui conférant des caractéristiques propres.

C'est ainsi qu'un auteur (66) a pu proposer, pour résoudre la question du conflit dans le temps entre systèmes de droit international privé, d'attri-

(65) Pourquoi une telle systématisation ? L'on peut attribuer à deux phénomènes principaux ce besoin constant de systématisation et de conceptualisation qui anime la doctrine internationaliste depuis près d'un siècle et demi, la conduisant à présenter la discipline comme le fruit d'une « révolution copernicienne », celle qui a pour point de départ le rapport de droit international et pour point d'arrivée le critère de rattachement. Le premier phénomène résulte de la perspective pédagogique qu'ont à l'esprit les auteurs et qui oblige à présenter la discipline sous un angle didactique : un tel souci explique certainement le choix d'une perspective synthétique — et non analytique — qui réduit la méthode conflictuelle à une méthode scindée en plusieurs étapes — détermination de l'extranéité, de la catégorie de rattachement et du critère de rattachement — (cf. pour un exemple manifeste de cette synthèse pédagogique, H. Fulchiron, *Travaux dirigés, op. cit.*) ; le second phénomène résulte de l'exploitation doctrinale de la scission, acquise bien que contestable, entre la loi applicable et le rapport de droit litigieux international ; s'il existe un rapport litigieux international d'une part, une loi éventuellement applicable (*lex fori* ou *lex causae*) d'autre part, le droit international privé se réduit à un pont entre ces deux extrêmes ; c'est donc le caractère indirect de la réglementation qui conduit à une telle systématisation qui sépare l'analyse matérielle de la loi applicable de la localisation spatiale du rapport de droit ; trois auteurs, semble-t-il, y ont particulièrement contribué ; il s'agit en premier lieu de von Bar, *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts, 1889, op. cit.*, qui se présente comme un disciple de Savigny et qui s'interroge sur le « rapport de droit » international et sur la présence de l'extranéité par rapport à la qualification juridique du rapport de droit en suggérant de lui substituer le « rapport de vie » — la systématisation porte alors sur le point de départ du raisonnement, le rapport de droit international se distinguant du rapport de droit interne ; il s'agit en second lieu de Rabel, *Le problème de la qualification : Rev. crit. 1933, p. 13*, qui suggère de dissocier les qualifications internationales des qualifications internes, prolongeant ainsi l'idée d'un rapport de droit international au régime spécifique — la systématisation porte alors sur les catégories de rattachement propres au droit international privé et distinctes du droit privé interne ; il s'agit enfin de G. Kegel, *The crisis of conflict of law : RCADI, 1964, p. 13, et spéc. p. 91* qui oppose la justice de droit international privé à la justice matérielle, la première obéissant à des intérêts propres que sont la permanence du statut personnel, la prévisibilité des solutions ou encore l'harmonie internationale des décisions, intérêts indépendants des lois matérielles appelées à s'appliquer — la systématisation porte sur le critère de rattachement dont la raison d'être obéit à des intérêts de droit international privé et non à des intérêts de droit matériel. La méthode conflictuelle a ainsi été disséquée de près, chacune des étapes donnant lieu à un travail doctrinal important que l'on retrouve dans la seconde moitié du XX^e également : quant à l'élément d'extranéité préalable, sur lequel von Bar a réfléchi, Franceskakis, note sous l'arrêt *Machet, CA Rabat, 24 oct. 1950 : Rev. 1952, p. 89*, suggère de lui attribuer un rôle particulier, celui de présenter un lien avec la situation litigieuse au jour de sa naissance — le rapport de droit international s'éloigne ainsi un peu plus du rapport de droit interne ; quant à la catégorie de rattachement, sur la spécificité de laquelle Rabel a réfléchi, H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé, Paris, 1956, p. 43* propose de la modifier en fonction de la nature de l'institution étrangère qu'elle est destinée à accueillir, examinant, au besoin au sein du droit étranger, le sens exact de l'institution en cause — les catégories de rattachement propres au droit international privé s'éloignent un peu plus des catégories du droit interne ; quant au critère de rattachement, qui a intéressé Kegel, P. Mayer, *op. cit.*, n° 163, propose de rechercher les raisons pour lesquelles un rattachement a été adopté pour déterminer l'étendue exacte de la catégorie visée — les objectifs de la règle de conflit s'éloignent un peu plus des objectifs des lois matérielles.

buer aux éléments d'extranéité préalables une caractéristique particulière, celle de présenter, pour l'un d'entre eux au moins, un lien avec le for au moment de la naissance de la situation de fait litigieuse. Reprenant cette idée, la Cour d'appel de Rabat du 24 octobre 1959 affirmait que la règle de conflit du for ne peut régir des situations nées et acquises dans un pays autre que le for car elle n'était « applicable qu'aux seules situations juridiques nées dans le protectorat, l'article 15 du dahir de 1913 sur la condition civile des Français et des étrangers, qui soumet les effets du mariage sur les biens des époux à la loi nationale du mari au moment de la célébration du mariage, ne [pouvant] régir des situations déjà nées et acquises dans un autre pays, ayant un régime légal différent », thèse reprise en 1965 (67) par la Cour d'appel de Paris qui précise, à cette occasion, que « le droit international privé de chaque pays n'a pouvoir de se prononcer que sur des situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts ; il s'ensuit que le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et y ont épuisé leurs effets alors qu'elles ne présentaient aucune attache avec le for ».

Une telle jurisprudence, critiquable, a pourtant été interprétée par la doctrine (68) comme utile à la résolution du conflit de systèmes dans le temps. Formellement, la présentation du mécanisme conflictuel substituait à l'opération préalable de découverte d'un élément quelconque d'extranéité, l'opération préalable de découverte d'un élément d'extranéité présentant un rattachement avec le for au moment de la naissance de la situation litigieuse. Le conflit de lois cessait d'être subordonné à une extranéité générale de la situation pour être désormais subordonné, entre autres, à une extranéité particulière, celle déterminée au moment de la naissance de la situation. C'est ainsi que pouvait être résolu ce conflit dans le temps de règles de conflits de lois, permettant ainsi à chaque ordre juridique d'appréhender les seules relations litigieuses avec lesquelles il entretenait des liens particuliers.

Cette présentation constitue le paroxysme de la systématisation absolue de la règle de conflit et du haut degré de technicité prêtée à la méthode conflictuelle et à son élément préalable, l'extranéité.

(66) Ph. Franceskakis, notes sous l'arrêt Patino, Paris 7 juill. 1954 : Rev. crit. DIP 1954, p. 522 et spéc. p. 570 où la question des droits acquis est posée et note sous l'arrêt Machet, CA Rabat, 24 oct. 1950 : Rev. 1952, p. 89 s.

(67) Arrêt Banque ottomane, CA Paris 9 mai 1965 : JDI 1966, p. 118 s., note Goldman et Rev. crit. DIP 1967, p. 85 s., note P. Lagarde ; la Cour, après avoir écarté le droit international privé du for y revient à titre subsidiaire : « selon la règle coutumière française de solution des conflits de lois — subsidiairement appliquée en l'espèce — la loi compétente à l'égard d'une société (...) est celle du pays où la société a effectivement et réellement établi son centre administratif ».

(68) Supra note 67.

De telles suggestions constituent, pourtant, une négation sérieuse du principe selon lequel le juge du for, appelé à se prononcer sur une situation litigieuse internationale, doit appliquer ses propres règles de conflit, immédiatement et sans conditions. En réalité, l'atteinte à un tel principe n'a pas été ressentie car elle a justement été mise sur le compte de l'extranéité préalable. On a présenté l'exigence de rattachement de la situation avec le for comme le pendant de l'exigence d'une extranéité préalable : parmi les éléments d'internationalité recherchés avant de mettre en œuvre les règles de conflits, il fut proposé par Franceskakis d'exiger qu'il en soit au moins un qui puisse être rattaché au for, et ce, au jour de la naissance de la situation litigieuse.

Une telle considération étonne. Outre la contradiction inhérente à la proposition, qui résulte d'une double exigence de rattachement à un ordre juridique étranger — pour permettre le déclenchement du mécanisme conflictuel — et de rattachement au for — pour résoudre le conflit de systèmes dans le temps —, la proposition est une atteinte à la compétence juridictionnelle même du juge du for, à sa souveraineté. Le propre de la règle de conflit du for étant, en effet, de pouvoir appréhender toute situation dans le but de la localiser dans l'espace, une prise en compte excessive de l'extranéité au point de lui faire produire des effets juridiques négatifs, comme le refus d'appliquer la règle de conflit du for, procède soit d'une remise en cause des règles de compétence juridictionnelle, soit d'une volonté de subordonner l'application de la règle de conflit à une règle de conflit supérieure. Dans le premier cas, une telle exigence revient à rendre l'ordre juridictionnel du for incompetent si la situation litigieuse ne présente, au jour de sa naissance, aucun lien avec l'ordre juridique du for. Dans le second cas, la mise en œuvre de la règle de conflit du for est subordonnée à une règle de conflit supérieure qui déterminerait la règle de conflit applicable à la situation en fonction des liens de cette situation, au jour de sa naissance, avec le for dont elle émane (69).

(69) Une telle proposition a été faite par P. Graulich, *Principes de droit international privé, Conflit de lois, Conflit de juridictions*, 1961 : Dalloz, n° 233 qui suggère d'élaborer une règle de conflit spécifique pour résoudre le conflit de systèmes dans le temps en posant le débat sur les droits acquis en termes de rattachement au for de la situation litigieuse, au jour de sa naissance, reportant sur l'extranéité préalable la mise en œuvre de la règle de conflit : « le rapport présente un élément d'extranéité au moment de sa naissance dans notre sphère juridique ; il y a un problème de conflit de lois, au sens strict (...) le rapport, né à l'étranger, est importé dans notre sphère juridique ; le seul problème à débattre est, alors, celui de l'effet international des droits acquis ». Le glissement entre la théorie des droits acquis, telle que développée par Pillet, et la systématisation de P. Graulich, est ici patent ; Pillet ne pose pas le problème en ces termes et n'entend pas exclure la règle de conflit dans le cas où la situation litigieuse ne présenterait aucune attache avec le for, au jour de sa naissance ; bien au contraire, Pillet présente la question des droits acquis comme une étape postérieure au conflit de lois, *op. cit.*, *Principes*, p. 37, n° 13 : « Dans l'ordre logique, la question du conflit précède encore celle qui concerne l'effet du droit acquis ; celle-ci ne peut même pas être soulevée sans que celle-la ait été préalablement résolue ». Car la question de l'efficacité internationale d'un droit acquis suppose que soit déterminée, auparavant, la loi applicable à l'acquisition du droit.

Une telle exigence de rattachement au for ne présente, pourtant, aucune utilité véritable car les objectifs qu'elle vise sont déjà assurés par l'application classique de la règle de conflit du for. Si l'objectif est de subordonner le jeu du droit international privé du for à l'existence d'un lien entre la situation de fait et ce for, l'on remarquera que ce lien existe déjà puisque les règles de compétence juridictionnelle du for exigent un tel lien ; si l'objectif est de subordonner le jeu du droit international privé du for à un lien entre la situation de fait et ce for au jour de la naissance de la situation, il suffit de modifier le critère de compétence juridictionnelle et d'exiger, pour résoudre le conflit mobile, que la vérification du critère ne se fasse pas au jour de l'introduction d'instance mais au jour de la naissance de la situation. Car, ce qui est présenté comme un conflit de systèmes de droit international privé dans le temps se ramène, en réalité, à un conflit mobile (70) du critère de rattachement des règles de compétence juridictionnelle.

Il ne s'agit pas, ici, de remettre en cause la dissociation, fondamentale, entre le *forum* et le *jus* (71) : les règles de conflits de lois et de juridictions obéissent assurément à des considérations propres qui nécessitent le choix de critères de rattachement différents (72). Notre propos ne vise pas à contester cette dissociation mais à contester la dissociation pratiquée par l'élément d'extranéité préalable entre le choix du système de droit international privé et le choix de l'ordre juridictionnel compétent. Une telle dissociation, acceptable à l'occasion du renvoi pratiqué par la règle de conflit étrangère sur désignation de la règle de conflit du for, ne saurait être effectuée *a priori*, avant toute application de la règle de conflit du for (73), sauf justement à remettre en cause le principe même de la compétence juridictionnelle du for ; car si les objectifs poursuivis par la règle de conflit de lois peuvent être différents des objectifs poursuivis par la règle de conflit de juridictions, en revanche, il ne saurait y avoir d'objectifs intermédiaires entre ces deux règles, justifiant que la mise en

(70) Le conflit dans le temps ou transitoire naît de la succession dans le temps de deux règles de droit, matérielles ou de conflits ; le conflit mobile naît de la modification dans le temps du critère de rattachement de la règle de conflit, de lois ou de juridictions.

(71) Sur cette dissociation essentielle au droit international privé, H. Batiffol, *obs. sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative, De conflictu legum, Mélanges Kollwijn et Offerhaus* : Leyden, 1962, spéc. p. 65-66, également, P. Hebraud, *De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître* : *Rev. crit. DIP* 1968, p. 205 s., spéc. p. 233 et les développements de P. Picone, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé* : *RCADI*, 1986, II, p. 229 s. et spéc. p. 241.

(72) *Contra*, A. Ehrenzweig, *La loi du for compétent. L'harmonie ultime des règles de conflit des lois et de conflit de juridictions* : *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. I, 1967, p. 399 s., qui suggère une assimilation, convaincante, des deux types de règles.

(73) *Contra*, pour une présentation de l'arrêt *Banque Ottomane*, *CA Paris* 9 mai 1965, *op. cit.*, comme un arrêt pratiquant un renvoi, cf. J.-M. Jacquet, *op. cit.*, p. 10, note 11.

œuvre du droit international privé soit soumise à un critère spécifique qui ne serait ni le critère de rattachement juridictionnel, ni le critère de rattachement législatif. Entre le *jus* et le *forum*, il n'y a pas de place pour un stade intermédiaire : la règle de conflit de lois ressortit assurément au *forum*, le choix d'un système juridictionnel valant choix d'un système de droit international privé (74).

La prise en compte de l'extranéité préalable, quelle qu'elle soit, apparaît dénuée de toute pertinence et semble redondante. Lorsqu'un rattachement préalable avec le *for* est exigé, il y a confusion entre l'extranéité et le critère de rattachement de la règle de compétence juridictionnelle ; lorsqu'au contraire le rattachement pertinent avec un ordre juridique étranger est exigé, il y a confusion entre l'extranéité et le critère de rattachement de la règle de compétence législative.

Dans l'exemple auquel nous venons de faire allusion, la prise en compte de l'extranéité comme élément préalable du conflit de lois, a dépassé la simple présentation formelle pour devenir exclusive du mécanisme conflictuel lui-même ; en pratique, cependant, un telle thèse n'a pas prospéré. En revanche, cette même présentation formelle a induit des conséquences bien réelles sur l'autorité de la règle de conflit de lois.

2. Effets de la dissociation sur l'autorité de la règle de conflit de lois

Déclenché par un élément quelconque d'extranéité, le processus conflictuel ne saurait être applicable d'emblée par le juge. Subordonnée à la découverte de cet élément de fait, la mise en œuvre du mécanisme conflictuel nécessiterait que les parties dévoilent un tel indice ou obligerait le juge, à tout le moins, à procéder à une analyse relevant d'un système inquisitorial, retirant à la procédure civile française sa vocation accusatoire. Mais, fondée sur les articles 7 alinéas 1 et 2 du Nouveau Code de procédure

(74) En ce sens, P. Hébraud, *op. cit.*, p. 241 s. : « La référence du juge à son système de conflit réalise bien une corrélation entre l'autorité juridictionnelle et le droit applicable, sous une forme moins concrètement sensible et plus intellectualisée qu'avec la loi substantielle, mais qui n'en est pas moins d'une importance capitale (...) Le juge saisi du fond du litige, et cherchant la loi substantielle selon laquelle il devra le résoudre, consulte les règles de conflit de son propre droit (...) Ce principe (...) reste assurément l'assise fondamentale de notre droit international privé. Il fournit, en effet, un point d'accrochage ferme et sûr, dans cette remontée de la loi substantielle à la règle qui la désigne, et qui, si elle se poursuivait au-delà, d'étage en étage, se perdrait dans l'inconnaissable. » Il reste à se demander où puiser l'obligation faite au juge saisi d'appliquer son système de droit international privé. Il faut sans doute regarder du côté de la souveraineté de l'Etat ou de la souveraineté du peuple au nom duquel le juge rend sa décision et qui lui commande d'appliquer le droit ; sur cette obligation faite au juge, A. Makarov, *Les cas d'application des règles de conflit étrangères* : *Rev. crit. DIP* 1955, p. 431 s.

civile (75) et sur l'article 8 dudit code (76), la recherche des faits par le juge reste simplement facultative, rendant tout aussi facultative l'application de la règle de conflit.

La présentation formelle de l'élément d'extranéité, comme un préalable au conflit de lois, produit, ainsi, un effet pervers sur l'autorité de la règle de conflit : elle n'est plus applicable d'office comme le serait pourtant toute règle matérielle de droit interne (77).

Pour résoudre cette difficulté, la doctrine suggère au juge, paradoxalement, de rechercher d'office cet élément d'extranéité (78). Paradoxalement car l'extranéité cesse alors d'apparaître comme un élément préalable au fait du droit international privé pour devenir partie intégrante du conflit de lois : l'application d'office de la règle de conflit de lois se confond ainsi avec la recherche d'office de l'élément préalable.

Il serait, en réalité, bien plus efficace d'extraire du processus conflictuel cet élément perturbateur qu'est l'élément d'extranéité évitant que ne soit posée la question de l'autorité de la règle de conflit. Il en irait des règles de conflit comme il en va des règles matérielles : le fait, indissociable de la norme (79), ne serait pas recherché avant la norme et l'application de la norme ne serait pas subordonnée à la recherche d'un fait en particulier. La situation litigieuse serait intégrée au sein d'une règle de droit dont on vérifierait, par la suite, le champ d'application dans l'espace.

La suppression de l'élément préalable d'extranéité rendrait immédiatement applicable la règle de conflit et donc l'intégration de la situation de

(75) L'article 7 prévoit que « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat » mais que « parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions ».

(76) L'article 8 prévoit que « le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

(77) On notera le glissement qui s'est opéré, en un demi-siècle, dans la manière dont est traitée la question de l'application d'office par le juge du droit international privé : d'une part, Maury, *La condition de la loi étrangère en droit français*, Séance 27 avr. 1951 : *Travaux Comité fr. DIP 1948-1952*, p. 97 s.; spéc. p. 110-111 qui s'interroge sur l'office du juge dans l'application de la loi matérielle étrangère et B. Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Thèse Paris : LGDJ, 1996 qui s'interroge sur l'office du juge dans l'application de la règle de conflit et sur la possibilité de soumettre la question de la libre disponibilité des droits, dont dépend l'office du juge, à une qualification *lege causae* (p. 45 s.).

(78) Précisément, P. Mayer, *L'office du juge dans le règlement des conflits de lois* : *Travaux Comité fr. DIP 1975-1977*, Séance 13 mai 1977, p. 233 s. et spéc. p. 250-251 qui distingue les faits constitutifs d'éléments d'extranéité relevant de la majeure du syllogisme judiciaire des autres faits relevant de la mineure de ce syllogisme ; également, H. Fulchiron, *op. cit.*, p. 65 qui se demande si le juge a « le devoir de soulever d'office l'élément d'extranéité présent dans le débat ».

(79) G. Barile, *op. cit.*, p. 350 qui établit « l'interdépendance réciproque » entre la norme matérielle ou de conflit, et le fait dans le sens « qu'on ne peut déterminer la norme qu'à travers la connaissance du fait et on ne peut caractériser le fait, c'est-à-dire le préciser dans ses éléments, qu'à travers la norme. »

fait litigieuse dans une catégorie de rattachement du for laquelle catégorie appellerait une vérification du champ d'application dans l'espace de la *lex fori* et, le cas échéant, une bilatéralisation du critère appelant le jeu du droit matériel étranger.

C'est, semble-t-il, une telle solution qu'a pu offrir la jurisprudence en matière d'autorité de la règle de conflit de lois. Dans l'arrêt Bisbal du 12 mai 1959 et dans l'arrêt Compagnie Algérienne de crédit et de banque du 2 mars 1960, la Cour de cassation (80) décidait que la règle de conflit de lois était facultative en cas de désignation d'une loi étrangère et obligatoire en cas de désignation de la loi française. Cette variation de l'autorité de la règle de conflit en fonction de la désignation à laquelle elle mène a été critiquée au motif qu'elle portait atteinte à la stricte égalité imposée par le bilatéralisme savignien entre la *lex fori* et la *lex causae*. Pourtant, cette solution constitue une application non pas facultative de la règle de conflit mais véritablement obligatoire, si du moins l'on substitue à l'interprétation inductive de type savignien une interprétation déductive de type statutaire. Si, en effet, la logique inductive interdit de vérifier le caractère facultatif ou obligatoire de l'application de la règle de conflit en fonction de la loi applicable, ladite loi n'étant pas encore désignée à ce stade du raisonnement, en revanche, dans une logique déductive ou statutaire, une telle vérification peut se concevoir *a priori* puisque la première étape du procédé statutaire consiste toujours à appliquer la *lex fori* et à en vérifier obligatoirement son champ d'application dans l'espace ; ce n'est que dans un second temps, dans le cas d'une bilatéralisation du critère due à un refus d'application de la *lex fori*, que l'analyse du droit étranger se fait. Il y aurait, sous l'angle de cette jurisprudence aujourd'hui révoquée (81), un caractère obligatoire de la règle de conflit lorsqu'elle mène à l'application de la *lex fori* et facultatif lorsqu'elle mène à l'application d'une *lex causae* : la première étape étant, dans une logique déductive, nécessairement préalable à la seconde, l'on peut inférer de cette jurisprudence un caractère obligatoire de la règle de conflit au stade de sa mise en œuvre et facultatif au stade de la bilatéralisation du critère de délimitation dans l'espace de la *lex fori*.

La suppression de l'élément d'extranéité préalable dans la présentation conflictuelle suggère ainsi une autre interprétation de la jurisprudence Bisbal et, plus généralement, semble pouvoir faciliter l'admission d'un

(80) Arrêt Bisbal, Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1959 : JDI 1960, p. 810 s., note Sialelli ; Rev. crit. DIP 1960, p. 62 s., note Batiffol et Arrêt Compagnie Algérienne de crédit et de banque, Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1960 : JDI 1961, p. 408 s., note Goldman ; Rev. crit. DIP 1960, p. 97 s., note Batiffol.

(81) L'application d'office est aujourd'hui fonction du caractère disponible ou non des droits invoqués (Arrêt Société Mutuelle du Mans, Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999 : Rev. crit. DIP 1999, p. 707 s.) ; elle a été, auparavant, également fonction du caractère conventionnel ou non de la source de la règle de conflit (Société Coveco, Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1990 : Rev. crit. DIP 1991, p. 558 s.).

principe d'application obligatoire du mécanisme conflictuel qu'il s'agisse de règles bilatérales ou unilatérales. L'argument tiré de la nécessaire recherche d'un élément d'extranéité préalable n'étant pas plus utile à l'application de la règle de conflit que ne le serait un tout autre élément de fait en cas d'application d'une règle matérielle. Cela suppose cependant que la présentation du conflit de lois se fasse en assimilant le critère d'extranéité au critère de rattachement (82).

En excluant toute forme de séparation entre l'autorité de la règle de conflit d'une part, la situation de fait litigieuse d'autre part, l'on pourrait affermir le fondement de l'application d'office de la règle de conflit et rendre plus aisée son admission par la jurisprudence.

C'est l'un des intérêts majeurs que l'on peut reconnaître à l'identification de l'extranéité préalable au critère de rattachement.

B. — L'identification réelle de l'extranéité préalable au critère de rattachement

Une telle identification des deux éléments, extranéité et rattachement, qui n'est pas enseignée par la doctrine classique, s'avère, en tout état de cause, nécessaire lorsque le juge doit combiner les méthodes du droit international privé. La suppression de l'élément d'extranéité préalable

(82) Ce n'est pourtant pas le parti pris par la doctrine qui, au contraire, maintient un raisonnement dichotomique dans ses analyses : à l'occasion du débat doctrinal portant non plus sur l'autorité de la règle de conflit mais sur sa force obligatoire, un auteur (J.-M. Bischoff, *Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988, Rapport introductif : Travaux comité fr. DIP 1990-1991*, p. 19 s., spéc. p. 21) a ainsi développé l'idée qu'un accord procédural (D. Bureau, *L'accord procédural à l'épreuve : Rev. crit. DIP 1996*, p. 587 s.) puisse naître entre les parties et produire deux effets : exploitant le caractère indirect de la réglementation conflictuelle, il suggère qu'un tel accord viserait soit à écarter l'application de la règle de conflit elle-même auquel cas c'est l'internationalité ou l'extranéité qui est rejetée, soit à écarter l'application de la loi étrangère directement. Dans le premier cas « la liberté exercée au niveau conflictuel » (sic) aboutit à la désignation de la *lex fori* (*Société Hainhöver International, Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1997 : Rev. crit. DIP 1997*, p. 514 s., note B. Fauvarque-Cosson et JDI 1997, p. 804 s., note D. Bureau) du fait de sa vocation subsidiaire, et dans le second cas « la liberté exercée au niveau matériel » (sic) autorise la désignation par les parties, indifféremment, de la *lex fori* ou d'une *lex causae* (*Société Dabü Draht GmbH, Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999 : Dr. et Patrimoine, déc. 1999, n° 77, p. 92 s., obs. F. Monéger*). Cette dissociation entre ces deux effets n'est que la manifestation d'une sécession du raisonnement internationaliste en deux temps, celui de la détermination d'une extranéité préalable, refusée ou non par les parties, celui de la détermination d'un critère de rattachement, accepté ou non par les parties. Pourtant, cette dissociation semble excessive dans la mesure où « la liberté exercée au niveau conflictuel ou matériel » par les parties n'a aucune espèce d'autonomie par rapport à celle que la règle de conflit contractuelle offre aux parties ; le choix d'un critère de rattachement en matière supplétive de volonté, qu'il soit exprimé lors de la conclusion du contrat lui-même ou à l'occasion des débats judiciaires, demeure un choix prévu par la règle de conflit autonomiste. C'est peut être le sens de la coïncidence, qui n'en est pas une, des domaines respectifs de la règle de conflit autonomiste et de l'accord procédural : l'une et l'autre touchent aux matières où les parties ont une libre disposition de leurs droits.

facilite, en effet, la combinaison des méthodes de réglementation directe et indirecte alors que le maintien de l'extranéité constitue, au contraire, une atteinte à la cohérence du système de droit international privé, empêchant toute combinaison entre ces méthodes. En ce sens, cette combinaison se présente comme une manifestation de l'identité entre extranéité et rattachement (1). Aux rebours de la présentation classique, l'identification des deux éléments s'affirme ainsi comme une réalité méthodologique consacrée par le droit positif (2).

1. La manifestation de l'identification : la combinaison des méthodes du droit international privé

La coupure entre l'exposé doctrinal et la réalité de la méthode suivie en droit international privé apparaît flagrante dès que l'on étudie de près, à l'occasion de chacune des méthodes, la fonction réelle de l'extranéité, dite préalable. Telle qu'elle est présentée, l'extranéité préalable conduit au jeu, indifféremment, de la réglementation directe ou indirecte, le tout sans compter l'éventuelle intervention d'une loi de police, exclusive de la méthode conflictuelle. Cette présentation suppose acquis deux postulats : celui de l'identité du concept d'extranéité préalable dans chacune des méthodes en jeu et celui de l'antériorité de cette extranéité sur toute forme de qualification juridique : saisi d'un litige international, et avant toute qualification, le juge du for puiserait, au gré des besoins de l'espèce, dans l'une ou l'autre des méthodes de réglementation conflictuelle, unilatérales, bilatérales ou matérielles internationales allant jusqu'à écarter cet élément dans le cas où une loi de police surgirait dans le débat.

Une telle analyse n'offre pourtant aucune prise avec la réalité tant chacun des deux postulats de la présentation classique est erroné. Bien au contraire, la combinaison entre ces différentes méthodes ne conserve une certaine cohérence qu'au prix d'une suppression de cet élément d'extranéité qui, loin de servir de guide au juge saisi, bouleverserait ses prévisions s'il venait à en tenir compte.

Examinons donc ces deux postulats au regard de la cohabitation entre la réglementation internationale matérielle et la réglementation conflictuelle indirecte (83) :

— Le juge, appelé à se prononcer sur une question relative à une vente internationale de marchandises, vérifierait, selon le premier postulat, dans un premier temps la présence d'un élément d'extranéité puis, dans un second temps, appliquerait soit la règle de conflit applicable à la vente

(83) Le problème que nous évoquons n'est pas celui de la cohabitation entre plusieurs conventions internationales mais celui de la cohabitation entre la réglementation conflictuelle et la réglementation matérielle internationale quelle que soit la source, interne ou internationale, des réglementations en conflit.

internationale, soit la règle matérielle internationale applicable à la vente internationale. Or une telle démarche ne peut pas réellement fonctionner dès lors que le critère d'extranéité exigé au sein de la réglementation matérielle internationale est différent du critère d'extranéité auquel la doctrine fait allusion lorsqu'elle présente la méthode conflictuelle : dans le premier cas, il s'agit d'un critère précis constitué par un lien entre deux ordres juridiques donnés et, en ce sens, d'un lien toujours international (84) (par exemple, les établissements des parties au contrat de vente de marchandises situés dans deux États parties à la Convention de Vienne du 11 avril 1980 (85) ou la mise en jeu des intérêts du commerce international pour les règles matérielles internationales applicables à l'arbitrage international (86)) ; dans le second cas, il s'agit d'un critère quelconque constitué par un lien entre la relation litigieuse et un ordre juridique donné qui, s'il est différent du for, confèrera à la relation son caractère international ou étranger. En ce sens, le postulat de l'identité de l'extranéité d'une méthode à une autre n'est pas fondé : partir d'un élément d'extranéité quelconque c'est répondre à une logique conflictuelle ; partir d'un élément précis d'extranéité, c'est répondre à une logique matérielle internationale ; la fonction de ces deux méthodes ne peut donc se faire sur la base d'un élément aussi hétérogène.

Plus fondamentalement, l'extranéité exigée dans la réglementation internationale matérielle varie en fonction de la qualification juridique adoptée (87) : l'extranéité n'est donc pas antérieure à la qualification mais postérieure. Selon qu'il s'agit d'arbitrage international ou de vente internationale de marchandises, l'extranéité va varier. En ce sens, le postulat de l'antériorité de l'extranéité sur la qualification juridique n'est pas non plus fondé : seule une qualification juridique préalable permet de déterminer la règle matérielle internationale utile à la résolution du litige.

Ainsi, la cohabitation des réglementations directe et indirecte ne repose sur aucun de ces deux postulats, ni sur celui d'une extranéité préalable

(84) *Supra* note 35.

(85) Sur cette convention, B. Audit, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unis du 11 avril 1980, 1990* et V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme, 1980*.

(86) Cf. Nouveau C. proc. civ., art. 1492. — Sur ce point, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international : Litec, 1996*.

(87) En ce sens, explicitement, P. Lagarde, *L'internationalité du point de vue de l'ordre international*, in *Actes du colloque de Toulouse, op. cit. : Lamy, Droit des affaires, févr. 2002*, p. 17 s. et spéc. p. 20. — Également, Ph. Kahn, *L'internationalisation de la vente, in L'internationalité dans les institutions et le droit, Convergence et défis, Etudes offertes à Alain Plantey : Pédone, Paris, 1995*, p. 296 s. et spéc. p. 298 qui, à l'occasion de l'étude de la distinction entre vente interne et internationale, rappelle qu'il s'agit « d'une notion fonctionnelle à contenu variable » selon le problème posé ; en ce sens également, J.-M. Jaquet, *Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources*, p. 79 s., in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e. A propos de 30 ans de recherche du CRÉDIMI, Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn, Université de Bourgogne : CNRS, 2000*.

au mécanisme conflictuel, ni sur celui d'une extranéité indépendante de la qualification juridique de la situation. Une cohabitation réussie entre les deux types de méthodes ne peut donc exister qu'en abandonnant l'exigence de ces deux postulats.

En réalité, l'harmonie entre les deux méthodes de réglementation directe et indirecte exige du juge qu'il procède d'abord à une qualification de la situation de fait en cause puis, dans le cas où il existerait une règle matérielle internationale, qu'il vérifie la présence de l'élément précis — et non plus quelconque — d'extranéité prévue par cette règle comme condition matérielle de sa propre application (88).

Ce qui vaut pour la cohabitation des méthodes de réglementation directe et indirecte vaut pour la juxtaposition des règles de conflits unilatérales aux règles de conflits bilatérales comme pour la prise en compte des lois de police. De la même manière que l'examen de l'extranéité préalable ne constitue par un guide efficace pour le juge du for lorsqu'il est partagé entre l'application des réglementations directe ou indirecte, elle n'en constitue pas un lorsque ce juge est partagé entre un recours aux règles bilatérales et un recours aux règles unilatérales voire aux lois de police.

Quel critère va motiver le juge, saisi d'une question litigieuse portant sur une situation de fait internationale, dans le choix d'une méthode de réglementation conflictuelle ou dans son exclusion au profit d'une loi de police ? L'extranéité, préalable à toute analyse conflictuelle, loin d'orienter le juge dans sa démarche, semble au contraire la bouleverser.

Pour prendre l'exemple des lois de police (89), présentées comme exclusives du mécanisme conflictuel, elles n'interviennent dans la solution du litige que si le juge parvient à les identifier (90). Quel est donc le critère

(88) Dans le cas où le juge est saisi d'une question relative à la formation d'un contrat de vente de marchandises, il vérifie au préalable s'il s'agit de marchandises domestiques ou non ; dans le premier cas, la question de l'extranéité prévue dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises ne se pose pas, cette Convention excluant la vente de marchandises à usage domestique (art. 2) ; dans le second cas, la question de l'extranéité résultant d'un établissement des parties dans deux Etats différents peut être examinée (art. 1). Dans le seul cas où la Convention de Vienne ne s'applique pas, le juge étudiera l'hypothèse d'une application de la loi française ou d'une loi étrangère selon la méthode conflictuelle, précisément celle que lui dictera la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, son champ d'application matériel incluant les marchandises, domestiques ou non : la question de l'extranéité, confondue avec celle du rattachement, consistera alors à vérifier le choix déclaré des parties (art. 2) et, à défaut, la résidence habituelle du vendeur (art. 3). Nous nous plaçons ici dans l'hypothèse où l'extranéité matérielle retenue par le juge du for, au sein de la Convention de Vienne, relève de l'alinéa 1a) de l'article 1 ; dans l'autre hypothèse d'internationalité, celle de l'alinéa 1 b) de l'article 1, la règle de conflit du for doit être examinée avant la règle matérielle internationale de la Convention de Vienne auquel cas, le critère de rattachement de la règle de conflit peut mener au jeu de la Convention de Vienne : pour un exemple prétorien, *Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2001 : D. 2001, jurispr. p. 3607, note C. Witz, 2 arrêts, Müller école et bureau et Anton Huber*, où les dispositions de ces deux conventions, conflictuelles (*La Haye, 1955*) et matérielles (*Vienne, 1980*) sont combinées.

qui va déclencher chez le juge saisi le besoin de rechercher une telle identification au sein du for ? Si la découverte d'une extranéité préalable a pour conséquence d'ouvrir le chemin pour une application des règles de conflits, le juge n'a aucune raison de leur préférer, spontanément, une loi substantielle du for — quand bien même elle serait de police : la présence d'un élément d'extranéité entraînant, automatiquement selon la présentation classique, la mise en œuvre du mécanisme conflictuel, il ne semble pas qu'il y ait place, dans le raisonnement judiciaire, pour la méthode des lois de police. Ce n'est pas tant l'incertitude du critère d'identification des lois de police qui pose problème que le critère invitant le juge à rechercher si la méthode de réglementation conflictuelle doit ou ne doit pas être écartée au profit d'une éventuelle loi de police. Le seul critère précis de passage d'une méthode à une autre, suggéré par la doctrine, réside dans la préséance (91) sur le règlement conflictuel dont bénéficierait la loi de police. Une telle préséance suppose que l'identification des lois de police du for se fasse systématiquement, avant toute mise en œuvre du règlement conflictuel, obligeant à une qualification préalable de la situation de fait et à sa subsomption dans une loi du for. La cohabitation des deux méthodes, conflictuelle et des lois de police, interdit donc toute prise en compte d'une extranéité préalable : le juge qualifie la situation de fait en l'introduisant non pas dans une catégorie de rattachement mais tout simplement dans une loi du for dont la nature est alors examinée en fonction des critères d'identification des lois de police ; si la loi se révèle être de police, elle s'applique immédiatement et, dans le cas contraire, le critère de détermination du champ d'application dans l'espace de la loi du for pourra être bilatéralisée, autorisant une loi étrangère à pénétrer au sein du système du for (92).

L'exemple des règles de conflit unilatérales semble également suggérer que l'extranéité préalable n'est qu'un faux-semblant. En admettant qu'il existe une extranéité préalable, au départ du raisonnement, on peut légitimer

(89) *Frangeskakis, Quelques précisions sur « les lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois : Rev. crit. DIP 1966, p. 1 s.* qui explique clairement que les lois d'application immédiate sont exclusives du mécanisme conflictuel : la loi de police s'applique immédiatement excluant l'extranéité préalable et, à défaut, la règle de conflit la supplante, au titre de la prise en compte de cette extranéité ; également, sur la méthode des lois de police et leur identification, cf. les développements de *I. Fadlallah, La famille légitime en droit international privé, Thèse : Dalloz, 1977, p. 113 s., n° 113 s. et sur la cohabitation des méthodes p. 128, n° 133.*

(90) Ainsi, *F. Déby-Gérard, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Thèse, Paris, 1973, p. 7, n° 7* : « Selon le schéma classique, le juge saisi d'un litige présentant un élément d'extranéité consulte sa règle de conflit de lois pour déterminer le droit — local ou étranger — applicable en la cause. L'observation de notre jurisprudence de droit international privé ne rend pas toujours compte de cette démarche, mais semblerait au contraire révéler qu'en certaines hypothèses le juge applique directement son recours aux règles de conflit de lois, sa propre norme substantielle. »

(91) L'expression est de *P. Graulich, Règles de conflits et règles d'application immédiate : Mélanges J. Dabin, 1963, p. 629*

mement s'interroger sur le critère de passage d'une méthode conflictuelle bilatérale à une méthode conflictuelle unilatérale : pourquoi le juge changerait-il brusquement d'orientation, passant du bilatéralisme classique à l'unilatéralisme, après avoir découvert ce fameux élément d'extranéité préalable ? Pourquoi choisirait-il de partir de la *lex fori* plutôt que de tenter d'introduire la situation internationale dans une catégorie de rattachement conflictuelle ? En réalité, ce passage ne se conçoit que si l'on supprime l'extranéité préalable de l'analyse : la situation de fait quelconque serait, ici encore, immédiatement intégrée dans la loi du for dont le champ d'application dans l'espace serait préalablement examiné, avec la possibilité, offerte par le législateur dans certains domaines (93), de bilatéraliser le critère de délimitation de son champ d'application dans l'espace.

En définitive, la présentation classique fondée sur l'élément préalable d'extranéité ne permet pas d'appréhender dans leur globalité les méthodes de réglementation conflictuelle, directe ou indirecte : aucune combinaison harmonieuse n'est rendue possible si une telle présentation est conservée. La suppression de l'élément préalable d'extranéité permet, en revanche, d'assurer une certaine cohésion des méthodes du droit international privé. C'est ainsi qu'à la dissociation formelle entre extranéité et rattachement semble se substituer, dans le raisonnement judiciaire, une identification réelle du premier au second : le juge prend pour point de départ de

(92) Ainsi dans l'arrêt *Compagnie des Wagons-Lits*, CE 29 juin 1973 : *Rev. crit. DIP* 1974, p. 273 s., note Franceskakis, la juridiction administrative qualifie directement la relation litigieuse en un problème de représentation du personnel salarié, régie par l'ordonnance du 22 février 1945 relative aux comités d'entreprise, dont le champ d'application dans l'espace est immédiatement analysé sans égard pour une éventuelle extranéité : « la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger [en Belgique] ne saurait la faire échapper à la législation française sur les comités d'entreprise » nous dit le Conseil d'Etat, conférant à l'ordonnance de 1945 un caractère de loi de police, exclusif de toute extranéité. Quelle est donc la motivation du juge lorsqu'il choisit de rechercher, au sein du for, l'ordonnance de 1945 et d'en analyser la nature, alors que l'extranéité de la situation devrait le conduire, classiquement, à classer la relation internationale dans une catégorie de rattachement puis à désigner le critère ? En réalité, il ne tient pas compte de l'extranéité et rattache directement la situation litigieuse à la loi du for dont il détermine le champ d'application en fonction non du siège social (en Belgique) mais de la localisation de l'établissement (en France) : bilatéralisé, ce raisonnement signifierait que la catégorie de rattachement « représentation du personnel salarié au sein d'une société » appelle le critère de rattachement « lieu d'établissement de la société » ; on est loin de la présentation classique qui consiste à présenter la loi de police comme exclusive du procédé conflictuel (cf. *supra* note 91). La loi de police exclut, en réalité, non le critère d'extranéité préalable mais le principe d'une bilatéralisation du critère de rattachement ou de délimitation de son domaine dans l'espace. Selon I. Fadlallah, *op. cit.*, p. 124, n° 127, une telle bilatéralisation ne pourrait avoir lieu du fait du « lien entre la teneur de la loi et son domaine dans l'espace » et ce, contrairement à la règle de conflit unilatérale dont elle épouse le mécanisme (*contra*, dans le sens d'une bilatéralisation de la loi de police, cf. F. Déby-Gérard, *op. cit.*, p. 66, n° 89).

(93) Sur cette bilatéralisation et sur l'article 310 du Code civil, la formule de J. Foyer, *L'article 310 du Code civil ou la réception partielle d'un unilatéralisme total*, *Mélanges Jean Foyer*, 1997 : PUF, p. 391 s. et spéc. p. 405 : « une règle de conflit du type de l'article 310 du Code civil ne peut se développer sans les béquilles de la règle de conflit bilatérale ».

l'analyse la situation de fait (94) quelconque qui lui est soumise, ni interne ni internationale ; il la qualifie, au sein du for, pour découvrir la règle de droit matériel à objet interne ou international applicable ; la nature de cette loi est étudiée pour déterminer son caractère de loi de police ; s'il s'agit d'une loi de police, elle s'applique immédiatement et, dans le cas contraire, l'examen du champ d'application dans l'espace de cette loi est effectué ; si l'on est en présence d'une règle de conflit unilatérale, elle entre en vigueur aussitôt et, à défaut d'application de la *lex fori*, une bilatéralisation de son critère de délimitation du champ d'application dans l'espace pourra être envisagée. Vérifions-le en examinant le droit positif français.

2. L'identification à l'épreuve du droit positif

a) L'observation du droit international privé positif, des conventions internationales comme de la jurisprudence, donne une indication claire sur les modes de raisonnement employés par le juge français lorsqu'il tranche une contestation relevant de la matière. Aucune recherche préalable de l'extranéité n'est posée en amont du raisonnement ; cette recherche ne se fait qu'une seule fois, au moment de l'application de la règle de conflit bilatérale en même temps qu'est effectuée la recherche d'un critère de rattachement. A l'exception des règles matérielles internationales où, là encore, l'extranéité n'est pas un préalable à l'application de la réglementation matérielle internationale mais une condition purement matérielle de cette réglementation comme le sont les rapports de droit régis par ladite réglementation, aucune recherche d'élément d'extranéité préalable n'est faite.

Ainsi, les conventions internationales qui unifient les règles de conflits de lois ne prévoient jamais d'extranéité préalable, assimilant l'extranéité au critère de rattachement : c'est le cas de l'ensemble des Conventions de La Haye portant sur les conflits de lois (95). Quant à la Convention de Rome, un critère d'extranéité préalable est prévu (96) mais il est identique au critère de rattachement puisque la volonté des parties de choisir une loi applicable à leur relation contractuelle peut générer un conflit de lois — valant internationalité du contrat : la volonté des parties étant déclarée, par la Convention de Rome, apte à internationaliser le contrat et apte à le localiser, aucune véritable séparation n'est faite entre l'un et l'autre critère (97).

Quant à la jurisprudence, elle n'a jamais, semble-t-il, fait allusion à une extranéité préalable pour l'application des règles de conflits de lois,

(94) Qu'il s'agisse de la méthode déductive ou inductive, le point de départ est toujours la situation de fait, objet du litige ; la séparation entre les deux méthodes se fait au moment de la qualification, au sein d'une norme dont le champ d'application dans l'espace est délimité (méthode déductive) ou au sein d'une catégorie de rattachement permettant une localisation bilatérale de la situation de fait (méthode inductive).

à l'exception des arrêts « Mchet » et « Banque Ottomane » (98). En revanche, elle a systématiquement sanctionné un tel raisonnement lorsqu'il tendait à écarter le conflit de lois : cela a été récemment le cas dans une

(95) En ce sens, P. Lagarde, *L'internationalité du point de vue de l'ordre international*, *op. cit.*, p. 19 s. Ainsi, la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs ne prévoit aucun critère d'extranété préalable mais simplement un critère de rattachement, celui de la résidence habituelle du mineur ; la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la forme des dispositions testamentaires ne prévoit qu'une série de critères de rattachement, tel que le lieu où le testateur a disposé ou la nationalité du testateur au moment où il a disposé ou au moment de son décès etc. ; la Convention de La Haye applicable en matière d'accidents de la circulation routière du 4 mai 1971 prévoit exclusivement le critère du lieu où est survenu l'accident ; la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires ne s'intéresse qu'au critère de rattachement du lieu de résidence habituelle du créancier et non à l'extranété préalable ; la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux du 14 mars 1978 donne aux parties la possibilité de choisir la loi d'un Etat dont l'un des époux possède la nationalité ou a sa résidence habituelle au jour du choix ou encore la loi de l'Etat de la première résidence habituelle de l'un des époux établie après le mariage ; à défaut de choix, la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont établi leur première résidence habituelle est applicable ; ce choix n'est pas subordonné à un élément préalable d'extranété ; la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels laisse aux parties la possibilité de déterminer la loi applicable et, à défaut, il s'agit du critère de résidence habituelle du vendeur sans égard pour un élément d'extranété préalable ; la Convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises prévoit également de laisser aux parties le choix de la loi applicable et, à défaut, fixe comme critère le lieu d'établissement principal du vendeur au jour de la conclusion du contrat ; il n'y a toujours pas d'extranété préalable ; la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation subordonnée, en revanche, son applicabilité à l'existence d'un contrat international d'intermédiaire mais ne définit pas cette internationalité laissant finalement aux parties la possibilité de choisir la loi du contrat et, à défaut, fixant, entre autres, comme critère de rattachement le lieu de résidence habituelle de l'intermédiaire voire le lieu d'exécution du contrat.

(96) L'article 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles parle de situations présentant un conflit de lois ; or, un tel conflit peut surgir du fait d'une désignation par les parties d'une loi autre que celle du for. Le choix des parties constitue donc un critère d'internationalité ramenant critère de rattachement et élément d'extranété à un seul et même critère. En ce sens, P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980* : *Rev. crit DIP* 1991, p. 287 s. et spéc. p. 293.

(97) En ce sens, sous un angle théorique, explicitement, A. Curti-Gialdino, *La volonté des parties en droit international privé* : *RCADI*, 1972, III, p. 743 s. et spéc. p. 856-857 : « Il existe de graves difficultés concernant la notion même de contrat interne et son emploi au service de la théorie que l'on vient de critiquer. L'une d'elles consiste dans l'incertitude qui caractérise la solution du problème de savoir quand un contrat peut-être considéré non plus comme interne mais international (...) Même en admettant, sur le plan concret, qu'un rapport déterminé est "international" (...) cela n'a pas beaucoup de valeur pour l'admissibilité du rattachement psychologique, chaque fois que ce dernier concerne un ordre juridique à l'égard duquel n'existe aucun lien réel. Autrement dit, si l'on admet que la désignation volontaire de la loi compétente ne puisse avoir un rôle qu'au cas où le rapport intéresserait la vie interne d'au moins deux Etat, il ne serait guère logique d'attribuer de la valeur à la désignation que les parties feraient de la loi d'un autre Etat, à la vie interne duquel le rapport en question serait complètement étranger. Dans une hypothèse de ce genre, l'élément qui confère au rapport son caractère international ne jouerait aucun rôle dans la détermination de l'ordre juridique applicable ; la nécessité de sa présence en arriverait à faire l'objet d'une affirmation gratuite ».

(98) *Supra* note 67.

affaire où la décision de la Cour d'appel de Versailles (99) a été censurée pour avoir refusé d'appliquer la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 au motif que le litige opposant une société de droit néerlandais à une banque néerlandaise au sujet d'une lettre de confort émise par la première relative à une filiale de droit français, ne présenterait aucun élément d'extranéité — les nationalités et sièges sociaux des sociétés en cause étant néerlandais ; la Cour de cassation a cassé l'arrêt au motif que la situation de la filiale en France, où l'obligation servant de base à la demande devait être exécutée, suffisait à rendre applicable l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles (100) ; aucune condition d'internationalité préalable n'est fixée et seule la constatation que la société néerlandaise est atraitée dans un autre Etat contractant que celui du siège social suffit à déclencher immédiatement la Convention de Bruxelles qui opère ainsi comme une règle matérielle interne (101).

Le système legaliste français y est sans doute pour quelque chose : il place en majeure de la proposition la règle de droit et, en mineure, les faits de l'espèce. Règle de droit conflictuelle matérielle et règle de droit matériel, étrangère ou française, sont indissociables et forment toutes les deux la majeure du syllogisme judiciaire qui a pour mineure les faits de l'espèce.

Cette conception du droit international privé trouve un argument solide dans le principe d'indivisibilité des règles de conflits et des règles matérielles — principe qui a pu servir de fondement théorique au mécanisme du renvoi (102). Cette indivisibilité se traduit par l'idée selon laquelle chaque loi matérielle élaborée par le législateur est supportée par une règle de conflit (103). Cette perspective d'analyse confie à la règle de conflit de lois dans l'espace une fonction identique à celle confiée à la règle de conflit de lois dans le temps : indépendamment des conditions matérielles d'application d'une loi, les deux séries de règles étudient l'applicabilité à une situation donnée d'une règle matérielle en fonction de critères spatiaux et de critères de droit transitoire. La comparaison des deux types de règles, situées — est-ce utile de le rappeler ? — côte à côte au sein du Code civil, est fort instructive : il n'a jamais été question, en effet, de subordonner la mise en œuvre des règles de droit transitoire à l'existence

(99) CA Versailles, 29 oct. 1998 : D. 1999, somm. p. 293, note B. Audit.

(100) Arrêt ING Bank, Cass. com., 30 janv. 2001 : Rev. crit. DIP 2001, p. 539 s., note S. Poillot-Peruzzetto.

(101) C'est qui est le cas à l'échelle de l'Union européenne puisque la Convention de Bruxelles a créé un espace judiciaire commun.

(102) Sur le principe d'indivisibilité, cf. Lepaulle, *op. cit.*, p. 286 s. — P. Louis-Lucas, *Vue simplifiée du renvoi* : Rev. crit. DIP 1964, p. 1 s., n° 8. — P. Lerebours-Pigeonnière, *Observations sur la question du renvoi* : JDI, 1924, p. 877 s. et spéc. p. 824 et, plus récemment, J. Derrupé, *Etude théorique du renvoi* : J.-Cl. Droit international, fasc. 532-1, n° 24.

(103) Une même règle de conflit pouvant, bien entendu, englober un ensemble de lois matérielles.

d'une relation à cheval sur deux périodes de temps, ces règles s'appliquant immédiatement à toutes situations et quelle que soit la règle matérielle en jeu ; ne doit-il pas en être de même des règles de conflits de lois ? (104).

Du reste, ce ne serait en rien contraire au dogme de l'égalité des prétentions des lois étrangères et des lois du for à appréhender le litige international que de partir de la loi du for : il faut simplement admettre de distinguer la technique de résolution du conflit de lois, fondée sur une appréciation immédiate et directe du champ d'application dans l'espace de la loi du for, de la bilatéralisation proprement dite du critère de délimitation de ce champ d'application. Car, en effet, confier la solution du conflit à la localisation d'un rapport de droit international au prétexte que toutes les lois, du for et étrangères, sont appelées à régir — par hypothèse — ce rapport international, n'est valable que dans le cas où seule cette méthode est appliquée ; lorsqu'elle vient à être combinée avec d'autres méthodes, ce qui est le cas en droit français, le point de départ de l'analyse doit être commun à toutes les méthodes : ce sera naturellement la loi du for et non un rapport de droit international.

CONCLUSION

En définitive, l'extranéité se présente comme une limite juridique au champ d'application dans l'espace de la loi du for : l'extranéité serait ainsi fonction de la *lex fori* applicable. S'il s'agit d'établissement de la filiation, la relation litigieuse sera étrangère ou interne au for selon que la mère ou l'enfant seront de nationalité étrangère ou française, la nationalité du père ou le lieu de célébration du mariage n'ayant aucune incidence sur cette extranéité. S'il s'agit d'accident de la circulation, la relation litigieuse sera étrangère ou interne au for selon que l'accident se déroule en France ou à l'étranger, la nationalité du conducteur ou de la victime n'ayant aucune incidence sur cette extranéité. S'il s'agit d'un contrat, la relation litigieuse sera étrangère ou interne au for selon le choix des parties, l'ensemble des critères d'extranéité pouvant refléter la volonté des parties et tous pouvant donc avoir une incidence directe ou indirecte sur l'extranéité.

(104) Savigny lui-même, *op. cit.*, § 344, présente le conflit de lois dans l'espace comme le pendant du conflit de lois dans le temps : « Nous avons donc ici une nouvelle espèce de limites pour l'empire des règles du droit et aussi une nouvelle espèce de collisions possibles, non moins difficiles et non moins importantes que celles relatives à l'autre espèce de limites. Au premier point de vue, les règles du droit nous apparaissent comme simultanées, fixes et immobiles ; au second point de vue, elles nous apparaissent comme successives et variées par un développement connu. Pour abréger, je désignerai ce double point de vue par les expressions suivantes : limites locales de l'empire des règles du droit ; limites temporaires de cet empire. »

Une division peut être opérée entre deux types d'extranéité, l'extranéité réelle et l'extranéité personnelle. La première regrouperait l'ensemble des critères territoriaux fondés sur une localisation géographique, assise sur un espace territorial ; la seconde regrouperait l'ensemble des critères personnels fondés sur un lien de nationalité, assis sur un espace personnel. Quant au critère autonomiste, parce qu'il repose sur la volonté des parties exclusivement, lesquelles sont libres de l'ancrer dans le système juridique de leur choix, il échappe à toute emprise territoriale ou personnelle — sous réserves des lois impératives.

Ce champ d'application dans l'espace de l'ordre juridique se confond, en dernière analyse, avec la souveraineté spatiale de l'Etat : personnelle et réelle (105). Les normes du for s'appliqueraient, selon qu'elles sont personnelles ou territoriales, à l'ensemble des nationaux en quelque lieu qu'ils se trouvent ou à quiconque sur le territoire, que le rattachement soit, pour les normes personnelles, la nationalité ou le domicile d'origine ou, pour le rattachement réel, la résidence, la localisation du délit ou le lieu de situation d'un bien. Une relation juridique appelant l'application d'une norme personnelle serait étrangère au for ou interne au for selon que le critère personnel désigne le for ou un ordre juridique étranger : le critère réel n'aurait, en revanche, aucune incidence sur l'extranéité de la relation. Inversement, une relation juridique appelant l'application d'une norme réelle serait étrangère au for ou interne au for selon que le critère réel désigne le for ou un ordre juridique étranger : le critère personnel n'aurait, en revanche, aucune incidence sur l'extranéité de la relation.

Immédiatement applicable à toutes formes de relations, ces règles de conflits prennent, sous cet angle d'analyse, une place différente au sein de l'ordonnement juridique : elles en déterminent les limites dans l'espace, autorisant ou non la pénétration, dans le giron du for, d'un droit étranger. En ce sens, le droit international privé, bien loin d'être subordonné à une extranéité préalable, fixe le caractère interne ou étranger de la relation litigieuse.

(105) Sur l'assimilation de la souveraineté spatiale de l'ordre juridique à la souveraineté spatiale de l'Etat, cf. *Kelsen, Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* : *RCADI*, 1926, IV, p. 231 s., spéc., p. 233-238 qui assimile l'Etat à un ordre de conduite humaine dont la validité et l'efficacité s'étendent sur un espace territorial et sur un espace national.