

Journal du Droit International

Clunet

Paraissant tous les trois mois

Janvier-Février-Mars 2005

n° 1/2005

Directeur : Jean-Michel JACQUET

Fondé en 1874 par Édouard CLUNET

Continué par André PRUDHOMME (de 1923 à 1948),

Berthold GOLDMAN (de 1950 à 1993) et Philippe KAHN (de 1985 à 2002).

LexisNexis®
 JurisClasseur

Sous le haut patronage de :

J. BEGUIN, J.-D. BREDIN,
J. DEHAUSSY, P. DRAI,
J. LEMONTEY, M. LONG,
M. MARTIN, A. PLANTEY,
J. VASSOGNE, S. ROZES, P. WEIL

**Journal publié avec le
concours de la CNUDCI**

5 Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé

par

Jean-Luc Elhoueiss

Maître de Conférences à l'Université Strasbourg III (Robert Schuman)

Résumé

*Si l'essence du droit international privé réside assurément dans l'accueil des cultures étrangères, la méthodologie qu'il emploie semble souffrir d'ethnocentrisme. C'est précisément à la méthode de qualification *lege fori* des institutions étrangères qu'un tel reproche pourrait être fait. Aux rebours de cette méthode, la méthode de qualification *lege causae* apparaît comme le meilleur rempart contre le risque de dénaturation par le juge du for des institutions étrangères. L'on enseigne pourtant qu'une telle méthode, aujourd'hui abandonnée en droit positif, est particulièrement difficile à mettre en œuvre. Cet article entend revenir sur ces difficultés.*

Summary

*Although the essence of international private law certainly consists in the welcoming of foreign cultures, the methodology which it uses seems to suffer from ethnocentricity. It is precisely against the *lege fori* method of qualification of foreign institutions that such a criticism may be made. Opposing this method, the *lege causae* method of qualification appears to be the best defence against the risk of distortion of foreign institutions by the judge of the forum. It is commonly taught, however, that such method, currently abandoned in positive law, is particularly difficult to apply. The aim of this article is to take a second look at these difficulties.*

1 – Contraint de penser la diversité, le droit international privé est un droit des conflits, conflits de lois certainement mais plus fondamentalement de cultures voire de civilisations pour reprendre une expression désormais consacrée¹ par la doctrine. Polygamie, répudiation, *kefala*² sont, ainsi, autant d'institutions étrangères qui ont défilé au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle devant la scène du droit international privé, appelant des réponses variées et incertaines, allant de l'accueil³ au rejet pur et simple⁴. Le défi permanent de la matière a résidé et réside toujours dans le besoin de concilier l'universalisme du genre humain et les particularismes géographiques, historiques et culturels⁵. Cette difficile conjugaison constitue le nœud essentiel de la problématique conflictuelle. Sa résolution suppose que le système du for, appelé à défaire ce nœud, renonce à poser son modèle de culture comme un modèle universel. Y parvient-il ?

2 – Si l'on postule que la réception des cultures étrangères est de l'essence même du droit international privé⁶, la réponse est certainement positive. Pourtant, un examen minutieux de certains mécanismes du droit international privé, en particulier celui de l'exception d'ordre public ou celui des lois de police, laisse apparaître une faille dans ce postulat d'ouverture : selon que l'institution étrangère est contraire ou non à l'ordre public du for, elle sera rejetée ou

1. J. Desprez, *Droit international privé et conflits de civilisations* : RCADI 1988, t. IV, p. 11 s., spéc. p. 142 s. où l'auteur étudie « la réception limitée du statut musulman hors d'Islam ».
2. La *kefala* est un mode de prise en charge des enfants sans création d'un lien de filiation propre aux pays de droit musulman. La jurisprudence française a eu l'occasion de se prononcer sur cette institution, cf. dans le sens de l'assimilation de la *kefala* à l'adoption, l'arrêt *Fanthou* (Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995 : Juris-Data n° 1995-001011 ; Rev. crit. DIP 1995, p. 547, note H. Muir-Watt ; JDI 1995, p. 626, note F. Monéger. – Dans le sens contraire, cf. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 1997 : Juris-Data n° 1997-003163 ; Rev. crit. DIP 1997, p. 705, note H. Muir-Watt ; JDI 1997, p. 973, note F. Monéger ; JCP G 1997, II, 22916, note T. Garé ; D. 1998, jurispr. p. 187, note E. Poisson-Drocourt, qui casse l'arrêt de la CA qui a prononcé l'adoption plénière d'un enfant sur le fondement d'un acte de *kefala* dressé au Maroc. – cf. également Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1997 : JCP 1998, II, n° 10816, note T. Garé ; Rev. crit. DIP 1998, p. 433, note H. Muir-Watt, qui entérine l'arrêt de la CA qui a prononcé l'adoption simple d'un enfant sur le fondement d'un acte de *kefala* dressé au Maroc. Sur la question, cf. H. Muir-Watt, *Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? A propos de la circulaire du 16 févr. 1999 relative à l'adoption internationale* : Rev. crit. DIP 1999, p. 469. – P. Lagarde, *La loi du 6 févr. 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification* : Rev. crit. DIP 2001, p. 275. – plus récemment, cf. Rep. min n° 24740 : JOAN CR, 1^{er} déc. 2003, p. 9220).
3. Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1983, *Robbi* : GAJFDIP n° 63-64 ; Rev. crit. DIP 1984, p. 325, note I. Fadlallah ; JDI 1984, p. 329, note Ph. Kahn, où la Cour de cassation ne voit aucune contrariété entre la répudiation *more islamico* et l'ordre public français.
4. Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2004 : Juris-Data n° 2004-022370, 2004-022372 : JDI 2004, p. 867, note A. Huet ; JDI 2004, p. 1200, note L. Gannagé ; Rev. crit. DIP 2004, p. 423, note P. Hammje. La doctrine a pu constater par ailleurs qu'alors que la jurisprudence accueillait la répudiation en 1981 (cf. I. Fadlallah, *Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français* : Rev. crit. DIP 1981, p. 19). Elle la rejetait dix ans plus tard (cf. F. Monéger, *Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français ?* : JDI 1992, p. 347).
5. Cette confrontation entre l'universalisme et le particularisme est un thème de réflexion récurrent au sein de la doctrine de droit international privé ; sur ce point, cf. J.-L. Halpérin, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF, 1999, spéc. p. 87.
6. W. Goldschmidt, *Système et philosophie du droit international privé* : Rev. crit. DIP 1955, p. 640, continué in Rev. crit. DIP 1956, p. 21 223. « *Achtung vor dem Fremden, le respect dû à l'étranger (...)* cette valeur [du droit international privé] exprime le devoir de reconnaissance (...) de ce qui est étranger par rapport à l'ordre national ».

accueillie, manifestant de la sorte les limites que se fixe le droit international privé. La préférence pour l'ordre juridique national traduit alors une supériorité de l'ordre juridique du for sur les ordres juridiques étrangers. Une telle supériorité trouvera un fondement légal dans l'idée de souveraineté de l'État du for⁷ et à travers lui du système juridique qu'il sécrète⁸; elle trouvera une légitimité philosophique dans l'idée d'universalisme des institutions du for, érigées en modèle pour tous⁹.

3 – Cet exclusivisme de la matière, qui entend respecter les valeurs intangibles du for, se présente cependant comme simplement partiel et exceptionnel : le droit international privé semble être résolument attentif à l'altérité des situations qui lui sont soumises. Le soin apporté à la qualification des institutions étrangères et les débats doctrinaux historiques¹⁰ et contemporains¹¹ portant sur le mode de qualification, *lege fori* ou *lege causae*, constituent, en effet, une indéniable preuve du souci constant de l'internationaliste de ne jamais dénaturer les institutions étrangères.

4 – Ce scrupule affiché par la matière dans l'analyse des institutions étrangères¹² cache cependant mal l'ethnocentrisme manifeste qui menace les décisions rendues par la jurisprudence de droit international privé. Car le droit international privé, s'il se veut une entaille profonde dans l'exclusivisme des sociétés humaines en ce qu'il a pour objectif de régler l'accueil des cultures étrangères, demeure à part entière le produit d'une culture unique ; les instruments mêmes auxquels il a recours, demeurent relatifs et subjectifs. Les catégories juridiques

7. Il ne s'agit pas de réduire le conflit de lois à un conflit de souverainetés (sur ce point, cf. Bonnichon, *La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois* : Rev. crit. DIP 1949, p. 615 et Rev. crit. DIP 1950, p. 11) mais simplement de rappeler, pour reprendre l'expression de P. Mayer (*L'État et le droit international privé* : Droits 1992, n° 16, p. 33, spéc. p. 35) : que « la dimension interne de la souveraineté » peut être définie comme celle « qui traduit un rapport de subordination entre l'auteur et l'adressataire de la norme » – l'auteur puise cette idée de subordination dans la thèse de O. Béaud, *La notion d'État* : Arch. phil. dr. 1990, p. 119, spéc. p. 132.

8. Sur l'identité de l'État et de l'ordre juridique, cf. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par H. Thevenaz, 1953, spéc. p. 169.

9. Sur l'universalisme des valeurs du for, V. Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* : GAJFDIP n° 19 ; Rev. crit. DIP 1949, p. 49, note Batiffol ; D. 1948, jurispr. p. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; S. 1949.1.21, note Niboyet, où la Cour évoque « les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale ».

10. « *Cruce crucium* » des juristes, pour reprendre le commentaire de Donnedieu de Vabres (*L'évolution de la jurisprudence en matière de conflits de lois*, th. Paris, 1937, p. 734), la question des qualifications a opposé au début du siècle dernier F. Despagnet (*Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques* : JDI 1898, p. 253) à E. Bartin (*Études de droit international privé. La théorie des qualifications en droit international privé*, Chevallier Marescq & Co, 1899, reproduction d'articles parus dans le JDI sous l'intitulé *De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois* : JDI 1897, p. 225, 466 et 720. – du même auteur, *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national du conflit de lois* : RCADI 1930, t. I, p. 560 ; *Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale* : RCADI 1935, t. II, p. 583. – cf. également Kahn qui a posé dès 1891 le problème des qualifications, *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts* : Jherings Jahrbucher 1891, t. XXX, p. 1. – Sur la doctrine de Kahn, V. F. Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, LGDJ, 1956, p. 17 s.

11. Y. Lequette, « Le renvoi de qualifications », in *Mélanges Halleaux*, Paris, 1990, p. 249 s. ; le renvoi de qualifications est rejeté par la jurisprudence française, cf. CA Paris, 3 mars 1994, *Mobil North Sea* : Juris-Data n° 1994-022171 ; D. 1994, somm. comm. p. 355, obs. B. Audit ; JCP G 1995, II, 22367, note H. Muir-Watt ; Rev. crit. DIP 1994, p. 532, note B. Ancel ; JDI 1995, p. 607, note G. Légier.

12. cf. l'analyse détaillée de la répudiation faite par la Cour de cassation dans l'arrêt *Robbi*, précité.

dont il use comme référence pour appréhender ces institutions étrangères ne sont, en effet, que des constructions intellectuelles propres au système du for : lorsque le juriste qualifie le bien, de meuble ou d'immeuble, le droit subjectif, de réel ou de personnel, de patrimonial ou d'extrapatrimonial, il répond à une logique juridique particulariste. Or, s'il ne rencontre pas la même distinction dans les droits étrangers, il risque de méconnaître sa réalité juridique ou tout au moins de se méprendre sur sa nature véritable. Certes, comme l'indique Batiffol, partout l'on se marie, l'on divorce et l'on a des enfants¹³, mais le mariage religieux que l'on rencontre dans les pays de statut confessionnel¹⁴ demeure intrinsèquement différent du mariage civil que l'on rencontre dans la plupart des pays européens ; au sein de ces pays, le mariage civil hétérosexuel semble radicalement opposé au mariage prononcé indifféremment du sexe des époux ; au sein des pays de statut confessionnel, le mariage monogamique semble également devoir être opposé au mariage polygamique. Les caractères confessionnel ou laïc, monogamique ou polygamique, homosexuel ou hétérosexuel, constituent-ils trois modes de différenciation d'une institution identique, celle du mariage, ou sommes-nous en présence d'autant d'institutions différentes ? Il est vrai que l'esprit de l'institution, celui de consacrer une union de deux sujets de droit, autorise une réduction de l'ensemble de ces particularismes à la catégorie universelle du mariage, mais c'est prendre une certaine distance avec les particularismes culturels de chacune des institutions : pour certains systèmes, le mariage confessionnel catholique demeure un sacrement divin, indissoluble et tourné vers la procréation ; pour d'autres, il offre à l'homme, polygame, une place privilégiée au sein du foyer et refuse à la femme des droits identiques ; pour d'autres enfin, le mariage se réduit plus à une association d'intérêts librement consentie et librement interrompue.

5 - En réalité, toute assimilation d'une institution à une autre ne peut que dénaturer et l'une et l'autre de ces institutions. Cette dénaturation résultera tout simplement du besoin de rechercher systématiquement les éléments communs permettant une identification des catégories juridiques étrangères aux catégories juridiques du for en ignorant sciemment les éléments de divergences et donc les spécificités de l'institution étrangère. Plus fondamentalement, il faut considérer d'une part que l'institution étrangère est ancrée dans un système juridique dont elle ne peut être détachée et d'autre part qu'elle repose sur un ensemble de règles de droits indissociables. Choisir, par exemple, le caractère temporaire du mariage comme un élément commun aux mariage confessionnel polygamique et au mariage laïc monogamique pour assimiler le premier au second, c'est ignorer la nature véritable de chaque type d'unions et leur appartenance à deux ordonnancements juridiques différents ; inversement, opposer le mariage

13. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Sirey, 1956 ou rééd. Dalloz, 2002, préf. Y. Lequette, spéc. p. 46.

14. Il existe autant de mariages religieux au Liban qu'il existe de confessions voire qu'il existe, au sein d'une même confession, de rites : cf. P. Gannagé, *L'influence du pluralisme des statuts personnels dans les droits internes des pays du Proche-Orient sur les règles de droit international privé* : JDI 1965, p. 291 et également, du même auteur, *Droit intercommunautaire et droit international privé* : JDI 1983, p. 479.

confessionnel catholique, par essence indissoluble, au mariage laïc, bâti sur le consentement renouvelé des époux, ne constitue pas une meilleure approche de ces institutions. L'on pourrait rétorquer, cependant, qu'il suffit de choisir un critère d'identification déterminant qui permettrait l'assimilation des institutions étrangères aux institutions du for. Mais ce choix demeure subjectif et particulariste : pourquoi le caractère temporaire et non le caractère monogamique voire indissoluble constituerait-il le socle commun à ces deux institutions ? Pour éviter un tel choix entre plusieurs critères, choix obligatoirement aléatoire, ne suffirait-il pas alors de multiplier ces critères de manière exhaustive ? Mais, dans cette hypothèse, il faut définitivement renoncer à parvenir à une telle identification car l'exhaustivité des critères, respectueuse des particularismes, interdit naturellement toute assimilation. Quel que soit le degré de proximité de deux institutions, elles paraîtront toujours différentes au terme d'une analyse détaillée ; si l'on compare le corps de règles qui régit le mariage laïc français au mariage laïc belge¹⁵, il est certain que l'on constatera – malgré les similitudes importantes – des éléments de différenciation, ne serait-ce que dans l'interprétation prétorienne des règles de droit, qu'il s'agisse du rôle de l'officier d'état civil ou des cas de nullité. Dans cette mesure, il semble qu'aucune assimilation ne puisse véritablement se faire entre deux catégories juridiques sans altérer ou l'une ou l'autre des catégories.

6 – Pourtant, une telle assimilation apparaît essentielle à la résolution du conflit de lois, du moins lorsqu'elle obéit à la méthode classique dite savignienne. L'on enseigne, en effet, que la règle de conflit bilatérale, neutre et abstraite, se décompose en une catégorie de rattachement et un critère de rattachement. La qualification du rapport de droit international, précisément sa subsomption dans une catégorie de rattachement particulière – mariage, régime matrimonial, succession mobilière – permet de déterminer la loi applicable ; cette loi est désignée grâce au critère de rattachement invariablement attaché à la catégorie de rattachement choisie pour accueillir le rapport de droit international. La qualification constitue donc le point de départ du raisonnement internationaliste classique et confère à la catégorie de rattachement un rôle essentiel dans l'accueil des institutions étrangères. Un tel rôle nous autorise à affirmer que le droit international privé, dans sa version classique savignienne, repose tout entier sur la catégorie de rattachement et sur l'opération fondamentale de qualification. Certes, le concept de catégorie juridique¹⁶ et l'opération de qualification sont loin d'être méconnus en droit privé et ne sont pas propres à la matière du droit international privé. Mais l'un et l'autre ont pris une importance particulière, d'ordre méthodologique, au sein de la théorie générale du droit international privé au point que l'on a pu parler de théorie des qualifications.

15. cf. J.-Cl. Droit comparé, V° Belgique, par B. Maingain, E. de Wilde d'Estamel, N. Dandoy, J. Sosson.

16. cf. la définition de la catégorie dans le *Vocabulaire Juridique* de G. Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 2000, comme « un groupe distinctif d'éléments présentant, dans un ensemble, des caractères semblables », dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie juridique du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1993, comme « une unité conceptuelle traitée comme fondamentale qui sert de base pour une typologie ou classification des objets dans un discours. »

L'étude de l'objet de la qualification tout comme l'étude du mode de qualification ont intéressé plus d'un internationaliste et ce, depuis les premiers moments de la théorie statutaire¹⁷ – qui a préfiguré la théorie moderne du conflit de lois. Face aux institutions étrangères, qu'il s'agisse de la *quarte* du conjoint pauvre¹⁸ ou plus récemment de la polygamie, ce sont les catégories de rattachement propres au droit international privé français qui ont été sollicitées à travers l'opération de qualification.

7 – Cependant, en postulant que la désignation de la loi applicable dépend de la détermination de la catégorie de rattachement et donc de la qualification du rapport de droit international qui lui est soumis, la théorie classique des conflits de lois donne à l'opération de qualification un rôle répartiteur contestable à un double titre. D'une part, comme nous avons pu le voir, la qualification d'une institution étrangère au sein d'une catégorie du droit français constitue obligatoirement une altération tant de l'institution étrangère que de la catégorie du droit français. D'autre part, l'appréhension d'une institution étrangère ne doit pas dépendre d'un simple problème de classification ou de taxinomie mais, plus fondamentalement, de l'effet qu'on veut lui voir produire sur le territoire français et ce, indépendamment de tout jugement – nécessairement subjectif – sur la nature de l'institution. Autrement dit, plutôt que de classer l'institution du mariage polygamique dans la catégorie de droit français « mariage », « contrat » voire « délit », il conviendrait de s'interroger sur l'effet en France que l'on entend faire produire à cette institution eu égard, soit à la nationalité des parties en présence, soit à leur présence sur le sol français (résidence, domicile), soit à tout autre critère. Ce serait la nationalité des parties ou la résidence des parties qui inviterait le juge à vérifier au sein du pays dont les parties sont originaires ou au sein du pays où les parties résident si le mariage polygamique est valable ou non et s'il produit des effets en France ou non. L'avantage de ce raisonnement inversé, qui prend pour base de l'analyse l'élément d'extranéité, serait d'éviter ainsi toute comparaison entre deux institutions, étrangère et française. Les particularismes des catégories juridiques laisseraient place à l'universalisme des rattachements, territoriaux ou personnels. Ainsi, si l'égyptien de confession musulmane pourrait légitimement être surpris que la répudiation qu'il pratique dans son pays ne soit pas considérée en France, à l'issue du processus de qualification, comme un divorce à part entière, il aurait une moindre légitimité à contester le rattachement territorial ou national que le droit international privé français lui oppose pour refuser tout effet en France à cette répudiation et ce, sans passer par l'opération de qualification. Plutôt que de désigner la loi applicable à travers la détermination du critère de rattachement, choisi en fonction de la qualification du rapport de droit international, c'est le critère de rattachement lui-même qui pourrait conduire le juge saisi à choisir le système juridique appelé à se prononcer sur la validité de l'institution étrangère. La nationalité égyptienne d'une partie inviterait le juge saisi à analyser la question

17. cf. B. Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Dalloz, 1977, spéc. p. 37.

18. L'exemple est tiré de l'enseignement de Bartin.

de droit qui lui est soumise au regard du droit égyptien et selon la qualification égyptienne elle-même ; le domicile allemand d'une partie inviterait le juge saisi à analyser la question de droit qui lui est soumise au regard du droit allemand et selon la qualification allemande elle-même. La qualification de droit français ne jouerait alors un rôle dans la résolution du litige que dans la mesure où le critère de rattachement français désigne le système juridique français. Sous cet angle, le droit international privé français cesserait d'être tourné vers la catégorie de rattachement pour se tourner vers le critère de rattachement, qui seul fixe les limites dans l'espace du système juridique français et des systèmes juridiques étrangers.

8 – Une telle suggestion revient à adopter un mode de qualification *lege causae* reposant sur la qualification de la norme elle-même, contre les principes classiques de qualification *lege fori* de la situation de fait internationale ou du rapport de droit international.

9 – C'est pourtant ce type de qualification qui semble le plus approprié pour assurer un respect absolu des institutions étrangères. C'est ce type de qualification, *lege causae*, dont nous entendons démontrer l'intérêt dans le présent article.

10 – Certes, depuis Bartin et la jurisprudence dite *Caraslanis*¹⁹, il est acquis que la qualification *lege fori* est la seule qui puisse assurer un règlement convenable du conflit de lois. Pourtant, l'étude de quelques textes écrits par Bartin laisse penser que la qualification *lege fori*, enseignée aujourd'hui par la doctrine classique et attribuée à Bartin, ne soit pas exactement celle suggérée par l'éminent auteur. Dans cette mesure, l'opposition établie par la doctrine contemporaine entre la qualification *lege fori* et la qualification *lege causae* ne semble pas exactement identique à celle qui opposait, traditionnellement, Despagnet à Bartin. Rétrospectivement, il semblerait ainsi qu'un glissement se soit produit dans la formulation de la problématique des qualifications tout au long du XX^e siècle. Or, en revenant à la formulation initiale, l'intérêt porté à la qualification *lege causae* retrouve une certaine légitimité.

11 – Rétrospective et prospective se suivront pour étudier, en premier lieu, la formulation de la problématique des qualifications, en second lieu, le recours à la qualification *lege causae*.

I. – RÉTROSPECTIVE : LA PROBLÉMATIQUE DES QUALIFICATIONS

12 – Il ne s'agit pas de revenir sur un problème complexe sur lequel les doctrines les plus autorisées se sont interrogées. De Bartin, à qui est attribuée la découverte du problème des qualifications, aux récentes études consacrées au renvoi de qualifications, la question a traversé ce siècle. La controverse a porté tant sur l'objet de la qualification – règle de droit ou situation de fait – que sur le

19. Cass. 1^{re} civ., 22 juin 1955, *Caraslanis* : GAJFDIP n° 27 ; JDI 1955, p. 683, note Sialelli ; Rev. crit. DIP 1955, p. 723, note Batiffol ; D. 1956, jurispr. p. 73, note Chavrier.

mode de qualification – tantôt qualification *lege fori*, tantôt qualification *lege causae*, tantôt enfin qualification propre aux relations internationales²⁰.

13 – L'objectif de la démonstration se limitera à signaler le glissement qui semble s'être opéré dans la formulation même de la problématique des qualifications. Le choix entre qualification *lege causae* et *lege fori* (A) semble posséder aujourd'hui, en effet, un sens différent de celui prêté par les auteurs du début du XX^e siècle au point que le principe même d'un tel choix paraît être remis en cause par la doctrine contemporaine, du moins dans sa formulation de la problématique des qualifications (B).

A. – Le choix entre la qualification *lege causae* et la qualification *lege fori*

14 – Le droit positif (1°), tel qu'interprété par la doctrine classique (2°), oppose traditionnellement deux modes de qualification.

1° Les données acquises

15 – Il est unanimement admis par la doctrine classique que le juge saisi doit recourir à la qualification *lege fori* à l'occasion de la sélection de la règle de conflit du for, en classant la situation de fait internationale qui lui est soumise dans une catégorie du for, indépendamment de toute considération étrangère : c'est la qualification *lege fori* de la catégorie de rattachement. Il aura également recours à la qualification *lege fori* du critère de rattachement lorsqu'il applique la règle de conflit, la définition de ce critère appartenant au for exclusivement. Ces deux principes se présentent comme une application de l'adage « *ejus est interpretari cujus est condere* »²¹ : la règle de conflit étant une règle de droit du for, il appartiendrait au for seul de déterminer la règle compétente en fonction de ses propres conceptions ; par ailleurs, à ce stade du raisonnement, seule la loi du for s'offre à lui, le choix de la *lex causae* étant justement suspendu à la sélection de la règle de conflit.

16 – Le juge se passera également de la qualification étrangère lors de la recherche, au sein du système étranger désigné, de la *lex causae* matérielle. Cette

20. C'est à la doctrine de Rabel que l'on doit cette idée (*Das Problem der Qualifikation* : Rabels Z. 1931, p. 241 ; *Le problème de la qualification* : Rev. crit. DIP 1933, p. 1 et spéc. p. 62) où il conclut à une séparation radicale de la *lex fori* et du droit des conflits, « jusqu'à l'internationalisation » ; ainsi, nous propose-t-il, « libérons les droits de conflits des liens de la *lex fori*, et ils s'ajusteront l'un à l'autre grâce à la comparaison des droits ». L'idée d'internationalisation sera reprise par L. Merrii, *Les qualifications en droit international privé* : Rev. crit. DIP 1933, p. 201, et de manière plus discrète par P. Wigny qui découvre que la qualification *lege fori* a aussi peu de titre à jouer que la qualification *lege causae* et donc proposera d'adopter une qualification propre au droit international (*Remarques sur le problème des qualifications* : Rev. crit. 1936, p. 392, spéc. p. 418). Sur la question des qualifications, voir également Wengler, *Reflexions sur la technique de qualification en droit international privé* : Rev. crit. DIP 1954, p. 661, et plus généralement Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, op. cit.

21. « Il revient à celui qui édicte la règle de l'interpréter », autrement dit, pour MM. Ancel et Lequette (*GAJFDIP*, n° 27, Carastanis, p. 218, n° 5) : « Le juge qui retiendra la loi nationale étrangère parce que le rapport à traiter entre dans la catégorie statut personnel de cette loi, violera néanmoins sa propre règle de conflit chaque fois que ce rapport appartiendra selon la loi du for, à une autre catégorie (...) Abandonnant ses catégories, le juge dévaluerait ses rattachements (...) Il lui [le juge] faut donc se garder de dissocier ce qu'elles [les règles de conflit du for] ont lié, le rattachement et la catégorie ».

considération s'inspire de l'idée qu'une trop grande prise en compte du droit étranger empièterait sur la qualification *lege fori* et aboutirait à des conséquences absurdes²² : « *s'il est licite de s'attacher aux classifications du droit étranger compétent dans la mesure où elles influent sur le choix de la règle substantielle applicable à l'intérieur du système désigné (...) elles ne doivent pas conduire à remettre en cause la compétence de celui-ci. Dès lors que la classification étrangère conduirait à restreindre ou étendre la vocation de l'ordre juridique étranger, on entre dans le domaine du droit international privé, qui relève de la compétence exclusive du for* », nous dit M. Mayer²³.

17 – Mais ce recours classique à la qualification *lege fori*, qui répond à ces principes directeurs, peut être remis en cause par deux facteurs de complication :

- le premier facteur de complication porte sur le cas de l'accueil par le for d'une institution étrangère – comme l'institution de la polygamie ou la *quarte* du conjoint pauvre. Dans ce cas, il est admis qu'à titre préliminaire, avant de faire jouer la qualification *lege fori*, le juge puisse interroger le droit étranger dont émane l'institution en cause, pour en vérifier la nature et permettre au juge du for de procéder à la meilleure qualification possible²⁴ ;

- le second facteur de complication résulte du recours au renvoi. Cette technique permet au juge du for d'appliquer la règle de conflit étrangère désignée par la règle de conflit du for et ce, au lieu et place de la règle matérielle étrangère. Le recours à cette technique modifie, en théorie, les deux premiers principes réglant la qualification. S'agissant d'une nouvelle règle de conflit, tant la qualification étrangère de la catégorie de rattachement que la qualification étrangère du critère de rattachement devraient être adoptées par le juge du for. Curieusement pourtant, le droit positif n'admet formellement que la qualification étrangère du critère de rattachement²⁵ et difficilement la qualification étrangère de la catégorie²⁶. Il semblerait que l'opposition de la jurisprudence soit motivée par le refus d'admettre purement et simplement le renvoi de qualifications²⁷, qui pourtant ne serait que la conséquence directe de l'admis-

22. À ce sujet, la décision rendue par le Tribunal d'Empire de Leipzig, Reichsgericht, 23 janv. 1882 : Rec. décisions civiles, 7, 21 ; le Tribunal avait à se prononcer sur la prescription d'une lettre de change souscrite aux États-Unis ; la question relevait de la catégorie « obligations » en droit allemand et à ce titre devait être régie par le droit américain ; or, la question relevait de la catégorie « procédure » aux États-Unis, la catégorie « obligations » ne comprenant aucune réponse à la question posée. La juridiction allemande en avait déduit qu'aucune règle ne pouvait s'appliquer et que l'obligation n'était pas prescrite. Elle l'était pourtant selon les deux lois. Sur ce point, V. l'affaire jugée par le Reichsgericht le 6 juill. 1934 : JDI 1935, p. 1190 ; Rev. crit. DIP 1935, p. 447.

23. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 7^e éd., 2001, n° 167.

24. MM. Batiffol et Lagarde, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 8^e éd., 1993, n° 294 s. – Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit., p. 37-47.

25. Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo* : S. 1878.1.429 ; D. 1879.1.56 ; JDI 1879, p. 285 ; Cass. req., 22 févr. 1882 : S. 1882.1.393, note Labbé ; D. 1882.1.301 ; les deux aff. in GAJFDIP n° 7-8.

26. À ce sujet, J. Derrupé et E. Agostini, *Le renvoi dans la jurisprudence française* : J.-Cl. Droit international, fasc. 532-2, n° 103. À ce sujet, également, W. Wengler, op. cit., spéc. p. 688.

27. Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, p. 506, n° 310, note de bas de page n° 9 : « II (le renvoi de qualifications) est admis en toute clarté par Paris, 19 juill. 1962, inédit (cité par Francescakis, *La théorie du renvoi*, 1958, p. 82, spéc. p. 252, note 1, qui critique la solution, et par Y. Lequette, *Le renvoi*

sion du principe de la qualification *lege causae* de la catégorie de rattachement en cas de renvoi²⁸.

18 – Telles sont les données acquises en droit international privé français qui portent tant sur le moment que sur le statut²⁹ de la qualification.

2° L'enseignement classique

19 – La doctrine classique semble accepter ces solutions du droit positif et leur confère une certaine légitimité théorique en invoquant la doctrine de Bartin – présenté comme le premier partisan français de la qualification *lege fori*. Mais les arguments contemporains suggérés pour justifier l'adoption de la qualification *lege fori* laissent apparaître une présentation du conflit de lois différente des hypothèses de travail de Bartin.

20 – La lecture d'un ouvrage contemporain de droit international privé permet de conforter une telle analyse. Ainsi, M. Mayer³⁰ défend la qualification *lege fori* en invoquant deux arguments « irréfutables » : « Deux arguments irréfutables en faveur de la qualification *lege fori* ont été invoqués. Tout d'abord, le problème de la qualification est un problème d'interprétation de la volonté de l'auteur des règles de conflit ; puisqu'il est admis que c'est la règle de conflit du *for* qui s'applique (...), il faut la prendre avec le sens qu'elle a dans l'esprit du législateur du *for* : *ejus est interpretari cuius est condere* (c'est à celui qui pose une règle qu'il revient de l'interpréter). L'objection selon laquelle on ignore encore, au stade de la qualification, si la loi substantielle du *for* sera applicable est sans fondement : la qualification ne concerne pas directement la loi substantielle, encore inconnue en effet, mais la règle de conflit, qui ne peut être que celle du *for*. Le deuxième argument fait valoir que sans le recours à la qualification *lege fori*, on risque de se trouver en présence d'un cercle vicieux : si la qualification est à effectuer selon la loi compétente au fond (*lex causae*), comme l'ont soutenu certains auteurs, tels Despagnet en France, comment savoir au départ quelle est cette loi, lorsque les deux qualifications en conflit ne conduisent pas au même résultat ? Force est de recourir à la loi du *for*, en l'absence de tout autre critère de choix. »

de qualifications, in *Mélanges D. Halleaux*, p. 249, spéc. p. 261, qui l'approuve) ; dans un obiter dictum par Paris 23 janv. 1975 : *Rev. crit. DIP* 1976, p. 97, note approbative Dayant, qui regrette seulement que la solution aboutisse à dissocier la loi de la prescription de celle du contrat ; implicitement par Cass. civ. 18 oct. 1989 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 712, note J. Foyer ».

28. En effet, si une telle qualification fonctionnait, aucune justification ne pourrait être opposée aux partisans du recours au renvoi de qualifications, en cas de divergence entre la catégorie de rattachement du *for* et la catégorie étrangère de la loi étrangère, visée par le critère de rattachement du *for* ; un tel renvoi permettrait une substitution du critère de rattachement étranger au critère du *for* par le fait, non d'une divergence – pour une même catégorie du *for* – des critères de rattachement, mais d'une divergence entre les catégories elles-mêmes n'appelant qu'indirectement une opposition entre les critères. La qualification étrangère de la catégorie de rattachement à travers le renvoi de qualifications a été présentée par une doctrine éminente : Y. Lequette, *Le renvoi de qualifications*, op. cit. ; également, Batiffol et Lagarde, op. cit., n° 310. – Contre le renvoi de qualifications, MM. Loussouarn et Bourel, *Droit international privé*, 7^e éd., 2001, Dalloz, n° 198-3.

29. « Le statut de la qualification, c'est-à-dire l'ordre juridique aux conceptions duquel elle doit être conforme », selon R. Lehmann (*Les qualifications* : J.-Cl. Droit International, fasc. 531, n° 141).

30. P. Mayer, *Droit international privé*, Montchrestien, 4^e éd., 1991, p. 113, n° 157 (la formule a été atténuée dans les éditions suivantes) ; également, dans ce sens, Batiffol et Lagarde, op. cit., n° 295.

21 – Il ne s'agit, en réalité, que d'un seul et même argument dont la formulation change selon qu'il est invoqué à l'appui de la qualification *lege fori* ou selon qu'il est invoqué à l'encontre de la qualification *lege causae*. La source de la qualification *lege fori* résiderait dans l'appartenance exclusive à l'ordre du for de la règle de conflit appliquée par le juge, appartenance qui interdit toute recherche et toute analyse préalable à l'application de ladite règle, en dehors de cet ordre juridique. Ainsi, dans l'esprit de cette doctrine, de la même manière qu'il est inutile que « la loi substantielle du for »³¹ soit déclarée applicable pour puiser la qualification de la situation dans le for, il est impossible de rechercher la solution de la qualification dans « la loi compétente au fond (*lex causae*) »³² avant même qu'elle ne soit désignée.

22 – En définitive, la qualification *lege fori* n'est pas ici présentée comme une solution à un conflit entre deux qualifications, mais comme une application naturelle de la règle de conflit du for, en dehors de tout conflit de qualifications.

23 – La méthode suivie par la doctrine classique consiste à ne procéder à aucune analyse des lois en présence, *lex fori* et *lex causae*. Le recours à la *lex fori* pour déterminer la qualification se fait d'emblée, indépendamment de toute vérification de l'applicabilité de cette loi, au titre du caractère interne de la règle de conflit. La qualification *lege causae* est ainsi présentée comme une atteinte non pas à la loi matérielle du for mais à la règle de conflit du for. Ainsi, Messieurs Ancel et Lequette³³ nous indiquent que « le juge qui retiendra la loi nationale étrangère parce que le rapport à traiter entre dans la catégorie statut personnel de cette loi, violera néanmoins sa propre règle de conflit chaque fois que ce rapport appartiendra selon la loi du for, à une autre catégorie, par exemple au statut réel ». La qualification *lege fori* n'est pas présentée comme le produit d'un choix entre plusieurs qualifications possibles mais comme le produit du caractère interne de la règle de conflit appliquée. Mieux encore, la qualification *lege causae* serait à l'origine du conflit de qualifications lui-même : « Confiant à chaque droit le travail de qualification, c'est-à-dire le soin de dénombrer les matières qu'à son avis embrasse la catégorie juridique qu'il est appelé à régir, la méthode (...) engendre un cumul ou conflit positif de désignation qui interdit toute solution si l'on n'est prêt à sacrifier une loi à l'autre (...) La méthode engendre le conflit, elle ne le résout pas » nous disent Messieurs Ancel et Lequette³⁴. Une telle présentation ne laisse effectivement aucune place à la qualification *lege causae* qui apparaît comme illogique et contre-nature, l'argument du cercle vicieux – développé déjà par Niboyet³⁵, constituant un obstacle important à l'adoption de la qualification *lege causae*.

31. P. Mayer, *op. cit.*

32. P. Mayer, *op. cit.*

33. MM. Ancel et Lequette, n° 27, *Carastanis*, p. 218, n° 5.

34. MM. Ancel et Lequette, n° 27, *Carastanis*, p. 218, n° 4.

35. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, t. I, 1947, 2^e édition, spéc. n° 416 : « Pour qu'on ait à appliquer la loi hollandaise de l'individu, il faut précisément que l'on soit en matière de capacité. Mais on ne peut pas dire qu'on la consultera pour savoir si l'on est en matière de capacité puisqu'elle ne s'applique que si la question concerne la capacité ».

24 – Pour retirer toute sa valeur à l'argument du cercle vicieux³⁶, il suffirait pourtant de modifier la formulation même de la problématique des qualifications et permettre ainsi à la qualification *lege causae* d'émerger. La lecture des écrits de Bartin et de Despagnet renforce cette constatation.

B. – La formulation de la problématique des qualifications

25 – La présentation contemporaine de l'alternative entre la qualification *lege fori* et *lege causae* apparaît comme totalement différente (2°) de la présentation suivie au début du siècle dernier par les partisans de l'une et l'autre qualification, Bartin et Despagnet précisément (1°).

1° La formulation par Bartin et Despagnet

26 – La lecture des exposés de Bartin et de Despagnet laissent apparaître que ces auteurs ont formulé le problème des qualifications en postulant l'application hypothétique de toutes les lois appelées à s'appliquer au litige international, qu'il s'agisse de la *lex fori* ou de la *lex causae*. Ils posent un postulat identique au départ de leur démonstration : chaque loi, compétente selon le critère de rattachement du for, propose sa propre qualification et toutes ces qualifications sont potentiellement applicables. C'est le cas dans l'affaire *Bartholo*³⁷ où la loi anglo-malaise du régime matrimonial est déclarée compétente selon le for, du fait de la situation du domicile matrimonial à Malte tout autant que la loi française de la succession est déclarée compétente selon le for, du fait de la situation des immeubles en France³⁸ ; c'est également le cas dans l'affaire du testament hollandais³⁹ où la loi néerlandaise de la capacité est déclarée compétente selon le for du fait de la nationalité néerlandaise du testateur tout autant que la loi française de la forme du testament est déclarée compétente selon le for, du fait de la conclusion en France du testament⁴⁰.

27 – Le conflit de lois est donc posé de manière radicalement différente à l'époque de Bartin et de Despagnet⁴¹. La succession classique dans le raisonnement conflictualiste de l'exigence d'un élément d'extranéité préalable, de la sélection d'une catégorie de rattachement du for puis d'un critère de

36. B. Audit, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la « crise des conflits de lois »)* : RCADI 1984, t. III, p. 221, spéc. p. 319 : « Cet argument [du cercle vicieux], qui se veut de logique pure, est (...) un sophisme. Il repose sur une confusion entre le conflit de lois de fond (...) et le conflit de règles de conflit » ; également dans ce sens, B. Ancel, thèse préc., p. 135, qui explique, en se référant à Maury (*Règles générales des conflits de lois* : RCADI 1936, t. III, p. 327) : « Si, au contraire, le facteur de rattachement intervient le premier et fixe le principe de la compétence de la loi qu'il désigne, l'argument [du cercle vicieux] tombe ».

37. C'est à l'occasion de l'affaire *Bartholo* (CA Alger, 24 déc. 1889 : JDI 1891, p. 1171), que Bartin pose le conflit de qualifications et le résout au profit de la *lex fori*.

38. Bartin, *Études de droit international privé. La théorie des qualifications en droit international privé*, préc., spéc. p. 68.

39. Cf. Trib. Seine, 13 août 1903 : JDI 1904, p. 166 ; Trib. Seine, 19 févr. 1927 : JDI 1928, p. 707.

40. Bartin, *La doctrine des qualifications* : RCADI 1930, t. I, p. 562, qui raisonne sur le thème du testament hollandais, régi par l'article 992 du Code néerlandais de 1829, aujourd'hui abrogé, spéc. p. 575.

41. Despagnet, *op. cit.*, reprend mot pour mot la formulation du conflit de qualification tel que développé par Bartin, mais il en conteste les résultats.

rattachement n'est pas aussi ferme qu'à l'heure actuelle. Au contraire de ce qui est préconisé par la doctrine moderne, ce n'est pas un critère d'extranéité mais l'ensemble des critères qui est pris en compte, non pour fonder l'applicabilité du droit international privé, mais pour fonder directement le choix des lois applicables : les critères d'extranéité se confondent, dans cet esprit, avec les critères de rattachement, les catégories de rattachement se confondant, pour leur part, avec les lois matérielles elles-mêmes.

28 – Certes, les deux auteurs se sépareront dans les solutions suggérées. Bartin s'obligera à sélectionner une des lois en présence alors que Despagnet⁴² ne voit aucun inconvénient à appliquer les qualifications proposées par chacune des lois, dans les limites assignées par le for. Là où Bartin choisit, exclusivement, l'application à la *quarte* du conjoint pauvre de la loi successorale française du lieu de situation de l'immeuble, Despagnet appliquera la loi française dans sa compréhension de la notion de succession et la loi anglo-malaise dans son interprétation de la notion de régime matrimonial. Là où Bartin exclura, pour sa solution, toutes les lois et leurs qualifications au profit de la *lex fori*, Despagnet appliquera l'ensemble des lois et des qualifications en présence. La différence essentielle entre les deux auteurs se situe dans la caractérisation du conflit. Bartin voit un conflit entre la loi anglo-malaise et la loi française dont il estime que les contenus s'opposent alors que Despagnet ne constate aucun conflit ; le premier résout donc ce conflit au profit de la *lex fori* exclusivement, du fait de sa vocation privilégiée ; le second cumule, en toute compatibilité, les deux lois, chacune ayant, selon lui, son domaine d'application propre.

29 – Il faut reprendre, pour éclairer notre propos, les exemples tirés de l'affaire *Bartholo* et de l'affaire du testament hollandais.

30 – Dans l'affaire *Bartholo*, si Bartin aboutit à un conflit de qualifications, c'est par un cumul, que pratiquement également Despagnet, entre les différentes qualifications tirées des lois que le for déclare applicables selon ses critères de rattachement. Le critère de rattachement du domicile matrimonial, situé à Malte, appelle une analyse, au regard du droit anglo-malais, de la nature de la prétention. Le critère de rattachement du lieu de situation de l'immeuble, en France, appelle une analyse, au regard du droit français, de la nature de la prétention. À ce stade de l'analyse, il y a assurément une qualification *lege causae* – au sens prêté à une telle qualification par la doctrine moderne – qui est menée et qui s'oppose foncièrement à la formulation moderne du conflit de lois, formulation qui se veut exclusive de toute vérification *a priori* des lois en présence. Puis, dans un second temps, Bartin constate l'opposition entre la nature matrimoniale anglo-malaise et la nature successorale française d'une même institution et, plus fondamentalement, l'affrontement entre les solutions données par les deux législations. Au contraire, pour Despagnet⁴³ il n'y a là aucune incompatibilité entre les deux lois. Pour Bartin, ce sera la loi du for, française, qui triomphera alors que pour Despagnet l'une et l'autre loi

42. Despagnet, *Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques*, op. cit.

43. Despagnet, op. cit., p. 257-258.

s'appliqueront de manière complémentaire pour liquider le régime matrimonial d'abord, le régime successoral ensuite. Il y a donc une véritable qualification *leg causae* qui se fait, au départ de l'analyse, qualification aboutissant pour Bartin uniquement, à un conflit, résolu naturellement au profit du for – au titre de sa vocation privilégiée.

31 – De même, dans l'affaire du testament hollandais, si Bartin aboutit à un conflit de qualifications c'est en qualifiant la situation, tout comme le fait Despagnet, une fois selon la loi néerlandaise de la nationalité, loi de la capacité une fois selon la loi française du lieu de conclusion de l'acte, loi de la forme ; il a ici, assurément, une qualification *lege causae*, au sens moderne. Mais, pour Despagnet, les deux lois sont compatibles, le testament, valable en la forme étant nul du fait de l'incapacité du testateur ; au contraire, pour Bartin, il y a une incompatibilité entre les deux dispositions, incompatibilité qu'il résout au profit de la loi du for, au titre de sa vocation privilégiée. Enfin, toujours dans le même esprit, dans le cas où ce testament du hollandais avait été conclu en Italie, Bartin tout comme Despagnet, proposent d'analyser le litige au regard de la loi néerlandaise de la nationalité du testateur – au titre de la capacité – et de la loi italienne du lieu de conclusion du testament – au titre de la forme. Mais le premier suggère de suivre la qualification la plus proche de la *lex fori* alors que le second cumulera les deux lois pour donner une réponse identique à l'hypothèse précédente⁴⁴.

32 – On voit donc qu'au premier stade de l'analyse, les auteurs se rejoignent dans une opposition radicale à la doctrine moderne – qui rejette une telle présentation du conflit – mais se séparent dans les issues suggérées : Bartin découvre un conflit résolu au profit du for, au titre de sa vocation privilégiée alors que Despagnet ignore le conflit et cumule la *lex fori* et la *lex causae* considérées comme compatibles.

44. Despagnet, *op. cit.*, p. 257 : « Dans la première hypothèse (...), le juge se trouve en présence d'une qualification, donnée au rapport juridique, différente de celle que lui attribue sa propre loi. De là il suit que, étant donnée la règle de Droit international privé consacrée par sa propre législation, c'est la loi correspondante à la qualification par la *lex fori* ou la loi correspondante à la qualification admise par la loi étrangère qu'il devra appliquer. Pour M. Bartin, c'est toujours la qualification attribuée par la *lex fori*, rapport juridique que le juge doit seulement retenir, et la loi conforme à cette qualification qu'il doit suivre (...). Après les observations qui précèdent, nous pouvons affirmer que le principe même établi par M. Bartin est erroné. Les qualifications des rapports juridiques ne sont pas déterminées par la *lex fori*, mais bien par la loi reconnue applicable à ces rapports juridiques. (...) La question se complique lorsqu'il a à choisir, non plus entre la qualification adoptée par la loi étrangère ou par la *lex fori*, mais entre deux qualifications consacrées par deux lois également étrangères. (...) M. Bartin, fidèle à son principe, estime qu'il faut adopter, entre les deux qualifications différentes des lois étrangères, celle qui correspond le mieux à celle qui consacre la *lex fori* (...) » ; pour l'auteur, cette hypothèse se résout de la sorte, *op. cit.*, p. 269 : « sa tâche à choisir entre les qualifications différentes adoptées par deux lois étrangères, le juge saisi, en tant qu'il a à statuer sur le rapport au sujet duquel il est compétent, tranche le conflit entre ces deux lois en appliquant ses propres principes de Droit international privé. » et enfin, p. 265-266 : « Ainsi, dans l'espèce précitée un tribunal français applique la règle de notre loi suivant laquelle la capacité des étrangers est réglée par la loi nationale, en déclarant incapable de tester en la forme olographe, sur le territoire italien, un Hollandais qui est frappé de cette incapacité par le Code de son pays ; mais il observe aussi la règle *locus regit actus* consacrée par notre législation, en déclarant ce testament valable quand il est régulièrement fait quant à la forme en Italie, suivant la loi de ce dernier État. »

33 – L'on peut ici prendre toute la mesure de la différence entre la doctrine moderne et celle des deux auteurs. Là où la doctrine moderne aurait cherché d'emblée à utiliser la qualification *lege fori* en ignorant les lois en présence, Bartin⁴⁵ et Despagnet⁴⁶ ne se préoccupent pas de la loi du for sauf à ce qu'elle ait une prétention particulière à s'appliquer, dictée par un rattachement au for.

34 – Au rebours d'une telle présentation, la doctrine moderne adopte, en effet, une qualification *lege fori* de la règle de conflit sans analyse des lois matérielles en présence. Paradoxalement pourtant, elle prête à Bartin le soin d'avoir identifié le conflit de qualifications et d'avoir suggéré de recourir à la qualification *lege fori* comme solution au conflit.

2° La critique moderne

35 – Comme l'ont souligné Messieurs Ancel et Lequette, Bartin n'arrive à découvrir un conflit de qualifications dans l'affaire *Bartholo* que parce que « l'opération de qualification est dédoublée : il y est procédé une fois selon la loi maltaise et une fois selon la loi française »⁴⁷. Le particulariste français hésite entre les différentes lois qui offrent de s'appliquer, la pluralité des lois résultant de la pluralité des éléments d'extranéité. Or la doctrine classique estime que l'auteur a été contraint de pratiquer un tel dédoublement de part sa manière de poser le problème. En choisissant de qualifier la règle de droit elle-même, et non la situation de fait⁴⁸ ou le projet⁴⁹ ou encore la question de droit⁵⁰, il s'obligeait à jeter un double regard sur les deux lois en présence visées par les deux éléments d'extranéité. C'est ainsi que Messieurs Ancel et Lequette rappellent dans leur commentaire de l'arrêt *Caraslanis* que le conflit de qualifications n'est que le

45. On peut multiplier les exemples qui vont dans le sens de l'emploi par Bartin d'une qualification *lege causae* – au sens moderne ; l'auteur prévoit ainsi deux exceptions à sa doctrine des qualifications : les obligations conventionnelles d'une part, la définition des meubles et immeubles d'autre part. Pour la première exception, il nous dit, *op. cit.*, p. 597 : « la loi qui donnera cette définition [celle des obligations conventionnelles], cette qualification pouvons-nous dire, ce sera seulement la loi applicable aux relations conventionnelles des parties » ; autrement dit, la loi compétente pour qualifier matériellement n'est pas la *lex fori* mais la loi choisie par les parties et donc la loi déterminée par le critère de rattachement autonomiste. Pour la seconde exception, relevant de la qualification dite en sous-ordre, il nous dit, *op. cit.*, p. 597 : « il s'agit de la définition des meubles et des immeubles, plus généralement de la distinction des droits mobiliers et immobiliers, ces distinctions et définition me paraissent ressortir invariablement à la *lex rei sitae* », car dans son esprit c'est le critère de rattachement des biens, le *situs* précisément, qui détermine la compétence de la loi apte à qualifier le rapport de droit concernant ces biens.

46. Car pour Despagnet, *op. cit.*, p. 264 : « c'est trahir l'intention de notre législateur qui déclare une loi applicable à un rapport de droit, que commencer par écarter cette loi en tant qu'elle fixe la nature du rapport et lui donne une qualification juridique ». De même, Donnedieu de Vabres, *De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive du conflit de lois* : JDI 1905, p. 1231, spéc. p. 1234, qui indique que « ce n'est pas appliquer une loi que lui attribuer une native et, par suite, une portée qui ne sont pas les siennes. Si nous admettons que, pour déterminer le champ d'application d'une loi, il faut consulter son but, nous n'accomplissons vraiment une œuvre raisonnable et intelligente que si nous entendons par là le but du législateur qu'il l'a faite ».

47. MM. Ancel et Lequette, GAJFDIP n° 9, *Bartholo*, p. 67, n° 6.

48. MM. Batiffol et Lagarde, p. 477, n° 291-1.

49. B. Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, *op. cit.*, n° 219 s. et *L'objet de la qualification* : JDI 1980, p. 227, spéc. p. 236.

50. P. Mayer, *op. cit.*, p. 106, n° 151.

produit d'un dédoublement de l'objet de la qualification⁵¹ : « la question ou le projet devenant l'objet de l'opération de qualification, l'éventualité d'un conflit de qualifications disparaît : il faut être au moins deux pour se disputer ; or, la pluralité n'est pas du côté de la question telle que la pose *Caralanis*, mais seulement du côté des réponses, c'est-à-dire des règles internes telles que les édictent les ordres juridiques grecs et français. Le projet ne se dédoublant pas, l'objet de la qualification est unique et le résultat le sera également ; la perspective des cumul et lacune de désignation s'évanouit ».

36 – Plus fondamentalement, l'erreur de Bartin serait d'avoir étudié, à la fois, plusieurs systèmes juridiques en comparant les différentes qualifications que ces systèmes suggéraient. En raisonnant comme si l'ensemble de ces ordres juridiques étaient potentiellement applicables, Bartin aurait négligé une règle fondamentale de la démarche savignienne, celle de « l'antériorité de l'ordre interne sur l'ordre international »⁵². Or, à ce stade du raisonnement conflictualiste savignien, aucun système juridique ne peut être présumé applicable : le juge saisi ne peut puiser les solutions des problèmes de qualifications qu'il affronte qu'au sein du for.

37 – En ce sens, le dédoublement de l'objet de la qualification par une analyse des deux ordres juridiques en cause, constituerait une atteinte au caractère foncièrement interne de la catégorie de rattachement dont le champ d'application matériel ne peut être fixé que par le for. La découverte d'un conflit de qualifications par Bartin trouverait donc sa source dans le dédoublement de l'objet de la qualification, objet portant à tort sur les règles matérielles en cause.

38 – Il y a là deux points importants qui sont contestés par la doctrine classique : d'une part, la qualification proposée par Bartin porte sur la règle matérielle ; d'autre part, la qualification est étudiée au regard de plusieurs ordres juridiques. Ainsi, si la solution de Bartin de procéder à une qualification *lege fori* est reprise par la doctrine classique qui lui attribue le mérite d'avoir découvert le problème des qualifications, cette même doctrine va s'atteler à modifier les hypothèses de travail de Bartin. Quant à l'objet de la qualification, Ago⁵³ rappellera qu'elle porte non sur une règle matérielle mais sur une situation de fait ou « une tranche de vie ». Quant à la pluralité des qualifications en cause, Anzilotti⁵⁴ distinguera deux moments de la qualification : le premier moment, qui sert à sélectionner la règle de conflit, où le conflit ne saurait naître, aucun ordre juridique ne pouvant encore prétendre à une quelconque application ; le second moment, qui sert à sélectionner la règle matérielle, où le conflit peut apparaître entre les catégories de rattachement du for qui ont présidé aux choix de la règle de conflit et les catégories du droit étranger désigné. Inspirée du syllogisme de Raape⁵⁵ – qui pose en majeure la question de l'étendue de la

51. MM. Ancel et Lequette, GAJFDIP n° 27, *Caralanis*, p. 221, n° 10.

52. MM. Ancel et Lequette, GAJFDIP n° 27, *Caralanis*, p. 220, n° 7.

53. Ago, *Règles générales des conflits de lois* : RCADI 1936, t. I, p. 247, spéc. p. 308 s.

54. Anzilotti, systématisé par Fedozzi in *Il diritto internazionale privato*, Padova, 1939, p. 183. – R. Lehmann, J.-Cl. Droit international, fasc. 531, n° 30 et 31.

55. Raape, *Les rapports juridiques entre parents et enfants* : RCADI 1934, t. IV, p. 401, spéc. p. 517.

catégorie de rattachement, en mineure la question de la nature de la règle matérielle désignée, en conclusion l'inclusion de la règle matérielle étrangère dans la catégorie de rattachement de départ – la thèse⁵⁶ des deux moments de la qualification, si elle n'est pas reprise exactement⁵⁷ par l'ensemble de la doctrine, constituera cependant le socle de la méthode savignienne actuelle.

39 – En définitive, alors même qu'elle se revendique de Bartin – dont elle reprendra la solution de principe de la qualification *lege fori* – la doctrine classique semble dénaturer les postulats de sa propre démonstration au point même que l'on ne verra plus dans l'affaire Bartholo un véritable conflit de qualifications⁵⁸. Le conflit de qualifications ne réapparaîtra chez les auteurs contemporains qu'à l'occasion de l'application du droit étranger et non à l'occasion de la sélection de la règle de conflit⁵⁹.

40 – Certes, l'objectif est identique aussi bien chez les auteurs contemporains que chez Bartin : il s'agit de revenir au for pour procéder au classement du rapport de droit international. Mais alors que Bartin prend soin de vérifier au regard des critères de rattachement du for, l'applicabilité aussi bien de la *lex fori* que de la *lex causae* avant de les confronter, la doctrine moderne refuse une telle confrontation. Ainsi, Bartin ne s'oriente vers la loi du for qu'après avoir vérifié son applicabilité à l'espèce : il ne s'agit ni d'un recours subsidiaire au for à défaut de pouvoir trancher le litige, ni d'un recours systématique au for, mais d'un véritable choix effectué au profit d'une souveraineté, celle du for. Le particulariste français établit un privilège au profit de l'une des lois applicables à l'espèce dès lors qu'elle est celle du for. Il raisonne assurément en termes statutaires⁶⁰ puisqu'il examine le litige sous l'angle des différents éléments de rattachements, chaque élément de rattachement appelant une loi spécifique : l'auteur⁶¹ se place du côté de chaque souveraineté intéressée au litige pour vérifier sa position ; dans le cas du testament hollandais, il se place tant du côté de l'État français, État du

56. Ainsi, dans le cas spécifique de l'introduction d'une institution étrangère dans l'ordre du for, Messieurs Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, p. 480, n° 294, proposent une analyse préliminaire officieuse de l'institution étrangère – étudiée selon la *lex causae* – permettant, par la suite, un classement officiel dans les catégories du for ; ce classement emportera à la fois sélection de la règle de conflit et détermination de l'étendue du droit étranger applicable ; autrement dit, les deux moments de la qualification se confondront en un seul moment ; V. également Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.*, p. 44-47.

57. Dans un autre sens, Rabel, art. préc., proposera d'élaborer des catégories de rattachement propres au droit international privé ; destinées à englober toutes les situations de fait et tous les rapports juridiques internationaux, de telles catégories auraient, dans l'esprit de l'auteur, mis fin aux conflits de qualifications ; ici aussi les deux moments disparaissent.

58. R. Lehmann, *op. cit.*, p. 8, n° 29.

59. Ainsi, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 7^e éd., 2001, n° 156 : « En fait, la qualification *lege fori* des questions de droit n'est plus guère discutée. La doctrine de la qualification *lege causae* intervient à un stade postérieur du raisonnement : celui de la qualification des règles à l'intérieur de la loi compétente ».

60. Sa présentation du conflit est, elle-même, statutaire ; il explique ainsi que la loi néerlandaise « suit (...) le sujet néerlandais à l'étranger », Bartin, *op. cit.*, p. 575.

61. Bartin, *op. cit.*, p. 574 : « Chacun des deux juges éventuellement saisis, le juge français, le juge maltais, raisonnera pour soi : c'est la loi au nom de laquelle il rend la justice qui, pour lui, tranche la difficulté. La *lex fori* aura sur ce point le dernier mot ».

lieu de conclusion de l'acte que du côté de l'État néerlandais, État de la nationalité de l'auteur du testament.

41 – À l'inverse, la démarche suivie par la doctrine classique qui se veut l'héritière des thèses du particulariste est, paradoxalement, toute autre. Il n'est procédé à aucune analyse des lois en présence et le recours à la *lex fori* pour déterminer la qualification se fait *a priori*, indépendamment de toute vérification de l'applicabilité de cette loi. La différence est notable : dans un cas, la *lex fori* est appliquée en tant que droit interne en dehors de tout choix conflictuel : c'est la vision moderne ; dans l'autre, la *lex fori* est appliquée car elle résulte de la faveur naturelle du juge saisi pour sa propre loi et non pour celle des autres : c'est la vision de Bartin. Dans le premier cas, c'est la règle de conflit du for qui est appliquée avec sa définition des catégories de rattachement ; dans le second cas, c'est la loi matérielle du for qui est directement appliquée avec sa propre délimitation de son champ d'application matériel et spatial. En ce sens, il semblerait, aussi iconoclaste que cela puisse paraître, que Bartin ne puisse être présenté comme un partisan de la qualification *lege fori* telle que la comprend la doctrine moderne. En invitant le juge à procéder d'abord à une interprétation du contenu des lois déclarées applicables au litige, à choisir ensuite parmi ces lois, celle du for, Bartin construit le conflit puis le résout au profit de la *lex fori*. En ce sens, les hypothèses choisies par le particulariste français révèlent un recours à la qualification *lege causae*, au sens où l'entend la doctrine moderne.

II. – PROSPECTIVE : LE RECOURS À LA QUALIFICATION *LEGE CAUSAE*

42 – Nous avons pu constater, en dernière analyse, que la doctrine moderne⁶² a métamorphosé le sens de la qualification *lege fori* qu'elle considère comme le fruit naturel d'une sélection de droit interne de la règle de conflit du for ; ce mode de qualification n'est plus, dès lors, une réponse à un quelconque conflit de qualifications lequel ne pourra réapparaître qu'à l'occasion de l'application du droit matériel étranger.

43 – Nous avons pu vérifier également que la doctrine de Bartin présente la qualification *lege fori* comme une solution à un conflit entre plusieurs qualifications tirées de différents systèmes juridiques applicables au litige, conflit dont la résolution est nécessairement préalable à la sélection de la règle de conflit. Un retour aux hypothèses de travail de Bartin ainsi qu'à ses postulats de type statutaire s'avère indispensable pour conférer à la qualification *lege causae* une certaine légitimité (B) et pour faciliter sa mise en œuvre (A).

A. – La mise en œuvre de la qualification *lege causae*

44 – Admettre que la qualification *lege causae* puisse fonctionner en droit international privé suppose que l'on abandonne l'idée que l'opération de qualification ait pour objet la situation de fait internationale ou le rapport de

62. Pour un exemple révélateur, MM. Loussouarn et Bourel, *op. cit.*, n° 183-196.

droit international⁶³ (2) mais qu'elle porte au contraire sur la norme directement (1), au rebours de l'enseignement classique⁶⁴ qui pose que la qualification a pour objet une situation de fait rendue internationale par la présence d'éléments d'extranéité.

1° La qualification *lege causae* de la norme

45 – Quel que soit le mode de qualification, *lege fori* ou *lege causae*, la qualification de la situation factuelle et non de la norme semble devoir s'imposer au juge comme première étape de son raisonnement – avant même toute vérification de l'extranéité⁶⁵. Le passage du fait au droit demeure, en effet, une étape⁶⁶ préalable obligatoire⁶⁷ et la détermination, antérieure à toute qualification, du caractère international de la situation de fait semble dénuée de sens⁶⁸. Cependant, si la première étape est identique quel que soit le mode de qualification, la seconde diffère apparemment : dans le cas de la méthode savignienne de qualification *lege fori*, le rapport de droit international est à nouveau qualifié pour entrer dans une catégorie de droit donnée ; dans le cas de la qualification *lege causae*, ce n'est plus le rapport de droit interne ou international qui est qualifié mais la norme matérielle qui est étudiée pour vérifier si elle englobe ledit rapport de droit dans son champ d'application

63. En ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 151 : « L'objet à qualifier est la question de droit substantiel posée en l'espèce, formée par la présentation du plaideur et par les faits qu'il invoque à son soutien ; c'est le seul donné certain que le juge puisse prendre pour point de départ de son raisonnement ».

64. Sur les difficultés suscitées par l'objet de la qualification, il faut se référer à la thèse de B. Ancel, *Les conflits de qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, thèse, Paris, 1977, spéc. p. 125 à 264, où l'auteur étudie tour à tour le cas de la qualification des règles internes et le cas de la qualification de la situation ; il dépasse cette stricte dichotomie en proposant, spéc. p. 216 s., de qualifier non plus les règles ou les situations, mais le « projet ».

65. C'est en effet un rapport de droit seul et non un rapport de fait qui peut être susceptible d'être qualifié d'international. Von Bar a relevé le caractère illogique de la démarche de Wächter et Savigny qui souhaite qualifier le rapport juridique directement : cf. P. Lalive, *Tendances et méthodes en droit international privé* : RCADI 1986, t. I, p. 9, spéc. p. 115 : « Pour Wächter et Savigny, ce qu'il faut rattacher c'est la relation juridique en cause, et la mission de la règle de rattachement est d'indiquer l'ordre juridique selon lequel cette relation, ou plus exactement la question de droit impliquée dans la situation de fait, doit être décidée. Cette idée donne lieu à des controverses célèbres et notamment à l'objection de von Bar, qui a mis en garde contre le danger du « cercle vicieux » : comment parler de relation « juridique » alors qu'on est précisément au stade de la recherche d'un système de droit ? ». – H. Lewald, *Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé* : RCADI 1939, t. III, p. 5, spéc. p. 10, a cru pouvoir échapper à ce cercle vicieux tout en évitant la qualification d'une situation de fait. Sur le caractère préalable de l'élément d'extranéité, voir notre article, *L'élément d'extranéité préalable en droit international privé* : JDI 2003, p. 39.

66. Ce n'est qu'une qualification interne au sujet de laquelle V. F. Terré, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. LGDJ, Paris, 1957, spéc. p. 12.

67. En ce sens, P. Louis-Lucas, *Qualification et répartition* : Rev. crit. DIP 1957, p. 153, spéc. p. 155.

68. G. Sperduti, *Théorie du droit international privé* : RCADI 1967, t. III, p. 173, spéc. p. 188, critique sévèrement le raisonnement savignien, au motif justement qu'un « rapport de droit ne se conçoit qu'en tant que rapport créé par une règle de droit. Il s'ensuit que le problème de droit international privé, à poser à l'égard d'un rapport de droit déterminé, n'est et ne peut pas être celui de savoir quelle loi est applicable à ce rapport » et il ajoute un argument décisif en faveur des principes de compétence normative : « Le véritable problème de droit international privé consiste à savoir si le rapport de droit créé par une loi déterminée, a été créé par cette loi sans dépasser les limites du domaine d'application qui lui reconnaît la règle de droit international privé applicable en la matière sur laquelle cette loi porte ».

spatial. Autrement dit, l'objet⁶⁹ de la qualification internationale, dans la méthode savignienne, serait une situation de fait, un rapport de droit, une question de droit voire même une prétention, mais en tout état de cause, l'objet ne serait jamais une norme.

46 – En réalité, pourtant, il semble exister une similitude totale entre les deux objets des deux qualifications. En effet, la catégorie de rattachement⁷⁰ qui accueille le rapport de droit n'est autre qu'une catégorie juridique qui regroupe un ensemble de textes de lois⁷¹ : à la catégorie filiation, est attachée, *brevitatis causae*, la partie du Code civil ayant pour objet le régime de la filiation ; à la catégorie immeuble, est attachée la partie du Code civil ayant pour objet le régime des biens immobiliers. Ainsi, pour déterminer la catégorie de rattachement pertinente, il convient nécessairement de connaître le texte de loi applicable à la situation de fait, ce qui suppose, au préalable, de procéder à une qualification ayant pour objectif d'inclure la situation en cause dans le champ d'application d'une norme du for. Une fois cette qualification préalable opérée, il revient au juge du for de déterminer l'appartenance de la norme déterminée à une catégorie de rattachement, ce qui implique une qualification de la norme elle-même.

47 – Prenons le cas d'un litige résultant d'une action en responsabilité dirigée contre l'auteur d'une rupture brutale de fiançailles intervenue au domicile français du fiancé de nationalité allemande. Le juge français, qui doit déterminer la catégorie de rattachement pertinente, va procéder en deux temps : dans un premier temps, il va examiner la règle de droit matérielle applicable, en l'occurrence l'article 1382 du Code civil, s'agissant d'une relation extracontractuelle ; puis, dans un second temps, il va qualifier la norme applicable en lui attachant la dénomination « responsabilité délictuelle », ce qui lui permettra de classer la relation dans la catégorie « délit ». Dans cet esprit, la qualification que pratique le juge du for dans la méthode savignienne ne saurait être une simple intégration de la situation de fait dans une catégorie de rattachement : elle est bien plus une intégration dans une norme⁷² du for laquelle norme est à nouveau intégrée dans une catégorie de rattachement⁷³.

48 – Certes, la présentation que la doctrine classique fait de la méthode savignienne ignore cette double étape qu'elle réunit en une seule opération, à

69. W. Wengler, *Reflexions sur la technique des qualifications en droit international privé* : Rev. crit. DIP 1954, p. 661, s'interroge en détail sur l'objet de la qualification, déplaçant le débat sur les qualifications, de la méthode employée – *lege fori* ou *lege causae* – à l'objet sur lequel elles portent – loi ou rapport de droit ; il conclut son analyse par l'idée que la qualification porte sur la « prétention ». De même B. Ancel, *L'objet de la qualification* : JDI 1980, p. 227, s'interroge-t-il sur l'objet de la qualification et reprend le concept développé dans sa thèse, de « projet », intermédiaire entre la situation de fait et la règle de droit.

70. Sur la définition de la catégorie en droit interne, B. Ancel, *op. cit.*, p. 229.

71. cf. le commentaire que M. Vitta, *Cours général de droit international privé* : RCADI 1979, t. I, p. 9, spéc. p. 56, fait de la nature juridique des règles de conflits.

72. Telle qu'elle est présentée, la méthode savignienne semble être fondée sur des catégories de rattachement abstraites, sans rapport avec toute loi matérielle. Pourtant, il n'en est rien, comme le rappelle M. Fallon dans un article intitulé « Les règles d'applicabilité du droit international privé », in *Mélanges Van der Elst*, Éd. Némésis, 1986, p. 285, spéc. p. 296.

73. En ce sens, indirectement, B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2000, n° 197.

savoir la qualification dans une catégorie juridique⁷⁴. Cependant, il n'en demeure pas moins que le juge du for est obligé de procéder en deux temps : il recherche d'abord la loi du for applicable au titre de la qualification⁷⁵ interne, il recherche ensuite la catégorie de rattachement qui englobe la norme du for⁷⁶.

49 – Un exemple d'application de la méthode savignienne nous éclairera : prenons l'hypothèse d'une donation déguisée⁷⁷, intervenue entre deux époux,

74. D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 384 : « Par hypothèse, le juge cherche à identifier une règle de conflit, non pas une règle interne. Pour qualifier les questions soulevées devant lui, ce juge utilise donc exclusivement les définitions des règles de conflit et non celles des règles internes (...) Prenons, par exemple, le cas d'un individu qui contracte sous l'empire d'un trouble mental, sans avoir fait l'objet d'une mesure de protection affectant sa capacité d'exercice. En droit interne, s'il veut se libérer, il doit invoquer un vice ou l'absence du consentement. Cependant, en droit international privé, la question ne relève pas de la règle de conflit applicable à la formation des contrats, donc aux conditions de consentement (cette règle désigne « la loi d'autonomie »). Elle est qualifiée « d'incapacité naturelle » et relève, à ce titre, de la règle de conflit gouvernant le statut personnel (qui désigne la loi nationale) ». Cet exemple ne démontre-t-il pas justement que la catégorie de rattachement a pour objet direct les normes de droit interne puisqu'un rapport de droit qualifié à l'échelle interne de contractuel n'emporte pas systématiquement application de la loi contractuelle mais nécessite, au contraire, que la norme interne qui le régit soit, elle-même, qualifiée à l'échelle internationale de contractuelle ?

75. En ce sens, F. Terré, *op. cit.*, p. 10.

76. Ces deux étapes sont en effet indispensables ; la qualification juridique est toujours postérieure à la qualification des faits. La première est « un pont entre le fait et le droit » selon F. Terré, *op. cit.*, n° 685 et la seconde s'apparente à une qualification du droit lui-même. Ainsi, J. Boré, dans *La cessation en matière civile*, 1987, p. 474, n° 1449, explique-t-il : « À cet égard, la qualification des faits ou des actes juridiques se distingue de la qualification du droit, qui vient de ce que le concept qualificateur peut lui-même appartenir à telle ou telle catégorie dans la hiérarchie des normes juridiques. Ainsi, rechercher si tel fait est constitutif d'un vol est une opération de qualification des faits, alors que déterminer, ensuite, si le vol simple est un délit ou un crime est un problème de qualification du droit ; cette seconde opération n'intervient qu'à un stade ultérieur du raisonnement judiciaire, lorsqu'il s'agit de déduire de la qualification des faits qui a été retenue, ses conséquences légales exactes. C'est cette qualification du droit que vise le vocabulaire juridique d'Henri Capitant, lorsqu'il définit cette opération comme « la détermination de la nature d'un rapport de droit à l'effet de classer dans l'une des catégories juridiques existantes. Elle constitue en principe une question de droit (V. par exemple pour la classification des contrats) » et il ajoute « la Cour régulatrice contrôle également le respect des classifications légales dans lesquelles on peut inclure les divers contrats, notamment la qualification de contrat international (Cass. civ., 30 oct. 1961, Bull. civ. I, n° 228), de contrat unilatéral (Cass. civ., 30 oct. 1961, *ibid.*, I, n° 495) ou synallagmatique (Cass. civ., 9 févr. 1960, *ibid.*, I, n° 90) ». Autrement dit, il est illusoire de croire à une qualification des faits directement dans une catégorie du droit, capacité, mariage, contrat, sans qu'auparavant il n'y ait eu de qualification des faits, en déterminant la règle de droit applicable à ces faits.

77. Ce qui vaut pour la donation déguisée (dont B. Ancel, *Libéralités entre époux et conflits de coutumes*, Mémoire pour le DES d'histoire et des faits sociaux, Paris, 1969, p. 3, nous dit qu'elles sont : « susceptibles d'être rangées à la fois dans le statut personnel des conjoints, dans leur statut patrimonial et dans leur statut successoral, tout en conservant leur caractère d'acte juridique, voir de contrat, ce qui ouvre une autre possibilité de classement »), vaut pour un ensemble de catégories dont les frontières incertaines entraînent systématiquement des empiètements d'une catégorie sur l'autre : c'est le cas entre la catégorie capacité et la catégorie immeuble pour la détermination de la loi applicable au partage successoral immobilier fait au profit d'un incapable mineur (la jurisprudence penche en faveur de l'application de la loi nationale de l'incapable, Cass. civ., 13 avr. 1932 : D.P. 1932, I, p. 89, concl. Matter, note Basdevant ; S. 1932, I, p. 362, note Audinet : « les héritiers d'un étranger peuvent partager amiablement un immeuble situé en France dès lors que leur loi nationale leur donne capacité pour ce faire ») ; c'est le cas entre la catégorie régime matrimonial et effet du mariage pour la détermination de la loi applicable au régime primaire impératif (la jurisprudence opte pour l'application de la loi nationale commune des époux, loi des effets du mariage, Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1985 : Juris-Data n° 1985-702639 ; JDI 1986, p. 1005, note G. Wiederkehr) ; c'est encore le cas entre la catégorie contractuelle et la catégorie réelle pour la détermination de la loi applicable au pacte commissaire (la jurisprudence vérifie la validité du pacte commissaire au regard de la loi du lieu de situation du meuble qui en fait l'objet et non de la loi d'autonomie qui en est la source : Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 1969,

qui fait l'objet d'une action en nullité. « Exercée par l'époux donateur, l'action a pour but de défendre la révocabilité des donations entre époux ; exercée par l'héritier réservataire, elle tend à la protection de sa réserve ; il est donc naturel (...) de faire dépendre la première de la loi des effets du mariage⁷⁸ et la seconde de la loi successorale⁷⁹ », nous indiquent Messieurs Ancel et Lequette⁸⁰, ajoutant « qu'il n'y a pas de contradiction entre les deux solutions ». Certes, il n'y a aucune contradiction entre les deux solutions, mais il en ressort que la qualification internationale n'a certainement pas pour objet la situation de fait mais bien plutôt la norme du for. Ce n'est en effet qu'en contemplation du contenu de la norme que le choix de la qualification peut se faire. Selon que la première – révocabilité demandée par l'époux (*C. civ.*, art. 1096) – ou que la seconde – protection de la réserve par l'héritier (*C. civ.*, art. 913) – des questions de droit est soulevée, le juge du for qualifiera la situation de fait de catégorie « effets du mariage » ou de catégorie « succession », selon la terminologie savignienne. On voit donc que le juge du for doit, avant toute inclusion de la situation de fait dans une catégorie du droit, déterminer le problème de droit, c'est-à-dire faire application de la norme du for.

50 – La qualification est donc double : elle porte sur la situation de fait qu'elle érige en rapport de droit ou en prétention puis elle se concentre sur ce rapport de droit, précisément la norme portant sur ce rapport de droit, pour l'introduire dans une catégorie juridique.

51 – En définitive, seule la présentation des deux méthodes, qualification *lege fori* et qualification *lege causae*, diffère. La première se concentre sur la situation de fait voire le rapport de droit alors que la seconde sur la norme directement. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, tant une qualification de la situation de fait en un rapport de droit que la qualification de la norme elle-même apparaissent indispensables⁸¹. Si une différence de présentation⁸² est faite, c'est en raison de la perturbation créée par l'existence d'un rapport de fait ou de droit international détaché de tout ordre juridique et basé d'une qualification préalable, appelant l'application directe d'une règle de conflit. Mais l'existence

Soc. Diac : Rev. crit. DIP 1971, p. 75, note Fouchard ; JDI 1970, p. 916, note Derrupé ; JCP 1970, II, 16182, note H. Gaudemet-Tallon. C'est enfin le cas entre la catégorie forme et fond pour la détermination de la loi applicable à un élément de la célébration du mariage (en faveur de la loi de la forme, loi du lieu de conclusion de l'acte : Cass. 1^{re} civ., 22 juin 1955, *Caralanis* : Rev. crit. DIP 1955, p. 723, note Batiffol ; D. 1956, jurispr. p. 73, note Chavrier). Aucune de ces catégories de rattachement ne forme un bloc uniforme et homogène. La tendance est, au contraire, à leur fragmentation.

78. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1969, *Dartois* : Rev. crit. DIP 1971, p. 507, note G. de Geouffre de la Pradelle.

79. Cass. 1^{re} civ., 3 mars 1971, *Veuve Beauchamp* : Rev. crit. DIP 1972, p. 291, note H. Batiffol.

80. Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 1966 : GAJFDIP n° 42, sous note de l'arrêt *Campbell-Johnston*, p. 334.

81. Sur la difficulté à distinguer le fait du droit, cf. G. Marty, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, thèse Toulouse, Sirey, 1929. – V. également Husson, « Le fait et le droit », in *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974, p. 15 s.

82. En définitive, l'on peut dire que les étapes du raisonnement sont identiques dans les deux cas mais que la méthode savignienne cherche, artificieusement, à ignorer l'une de ces deux étapes, pourtant obligatoire, que constitue la qualification de la norme ; pourtant, elle ne saurait y échapper. En ce sens, B. Audit, *Le second « restatement » du conflit de lois aux Etats-Unis* : Travaux comité fr. DIP 1977-1979, p. 29, spéc. p. 55.

de ce rapport de fait ou de droit international⁸³ reste fragile et ne peut être que le fruit d'une première qualification interne préalable qui s'impose obligatoirement au juge du for ; que la norme d'accueil fasse l'objet d'une seconde qualification dans une catégorie de rattachement⁸⁴ ou qu'un critère de rattachement lui soit directement attaché ne modifie en rien la solution conflictuelle.

52 – En réalité, cette dissociation des méthodes de qualification en fonction du point de départ de l'analyse semble factice, quand bien même elle est présentée comme la source fondamentale de la divergence de présentation. Il faut, à cet égard, rappeler que Savigny lui-même constatait, si ce n'est la similitude, le faible degré de différence entre les deux méthodes⁸⁵. Comme le souligne le romaniste allemand, partir de la loi applicable pour en vérifier son champ d'application ou partir du rapport de droit ou de la situation de fait pour déterminer la loi à laquelle il est subordonné revient exactement au même⁸⁶. Dans tous les cas de figure une corrélation est établie entre le fait et la norme matérielle, corrélation intime qui ne varie pas selon l'angle à travers lequel elle est établie⁸⁷. L'opposition entre les deux points de départ ne porte, finalement, que sur la formulation de la solution conflictuelle et se fonde sur une dissociation analytique contestable entre le fait et la norme⁸⁸. Qu'elle que soit la méthodo-

83. G. Sperduti, *op. cit.*, p. 188, rappelle l'illogisme de la démarche suivie et explique la tentative de substitution au rapport de droit de la notion de rapport de vie.

84. Pour une critique de l'utilisation abusive des catégories de rattachement, cf. F. Tétéré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1998, 4^e éd., p. 365, n° 364.

85. F. C. Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I-III (1840), t. IV-V (1841), t. VI (1847), t. VII (1848), t. VIII (1849). Le volume 1 (Livres premier) traite des sources du droit ; les volumes 2 à 7 (Livres deuxième) des rapports de droit (des personnes comme porteurs de rapports de droit, de la naissance et de l'extinction des rapports de droit – actions, déclarations de volonté, contrats, donations, temps – de la lésion des droits, du jugement et de la restitution) ; le volume 8 (Livres troisième) de l'application des Règles de Droit aux rapports de droit, trad. Ch. Guenoux, 1851, v. spéc. tome VIII, p. 6-7 : « Les règles du droit sont appelées à régir les rapports de droit ; mais quelles sont les bornes de leur empire ? Quels rapports de droit sont soumis à ces règles ? (...) On peut encore arriver par une autre voie à poser et à résoudre les questions que je viens de présenter. 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. Si nous avons ici à choisir entre plusieurs règles de droit appartenant à différents droits positifs, nous sommes ramenés aux limites de l'empire de chaque droit positif et aux collisions qui résultent de ces limites. 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 ».

86. D'ailleurs, Savigny, *op. cit.*, p. 5 et p. 12, intitule son livre III « Empire des règles du droit sur les rapports de droit » et son chapitre premier « Limites locales de l'empire des règles du droit sur les rapports de droit », signifiant bien qu'il envisage la matière à travers l'idée d'une limite spatiale au champ d'application de la loi, tout comme l'entendaient les statutaires. La différence entre les deux points de départ demeure donc faible. En ce sens, des auteurs aussi variés que Laurent, *Le droit civil international*, Paris-Bruxelles, 1880-1882, t. II, spéc. p. 614. – Francescakis, « Droit national et international privé », in *Mélanges Maury*, t. I, Paris, 1960, p. 113, spéc. p. 120, qui nuance le caractère novateur de la doctrine de Savigny dont il rappelle qu'il « se prévaut (...) expressément de la tradition » et de façon radicale, M. Van Hecke, *Principes et méthodes en droit international privé* : RCADI 1969, t. I, p. 401, spéc. p. 451.

87. P. Lalive rejoint cette analyse dans son cours de La Haye, *op. cit.*, p. 113. En ce sens également : H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*. Thèse, Paris, 1985, p. 38.

88. cf. l'exposé de M. Barile qui insiste sur la solidarité profonde entre le fait et la norme matérielle, solidarité qui rend inutile toute tentative de partage entre les deux concepts. L'hypothèse de l'historien peut se résumer ainsi : parce que d'une part le fait appelle l'application d'une norme matérielle et d'autre part la norme est destinée à s'appliquer au fait, le point de départ importe peu et

logie adoptée, le passage du fait au droit est nécessaire : qu'il se produise par le biais d'une catégorie de rattachement ou qu'il se produise directement au sein de la norme matérielle, importe peu⁸⁹.

53 – Il reste que, dans la mesure où il n'existe pas de catégories de rattachement réellement homogènes et aux contours bien définis, leur utilité peut être revue⁹⁰. Au rebours de la présentation classique qui voit dans la

ne constitue en rien un choix fondamental ; ainsi, selon l'auteur, in *La fonction historique du droit international privé* : RCADI 1965, t. III, p. 305, spéc. p. 350 s. : « La véritable difficulté du juriste consiste précisément à faire coïncider la norme avec le fait qu'elle envisage. Dans ce but, il serait erroné de croire que la détermination de la norme précède celle du fait ou vice versa, alors que, au contraire, il existe entre les deux termes une interdépendance réciproque, 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. Le syllogisme formel, comme nous l'avons souligné ailleurs, d'après lequel la norme représente le premier terme, le fait qu'elle envisage le deuxième terme, et l'effet juridique, attribué par le premier au deuxième, la conséquence, est une composition de l'interprète qui ne fait que suivre sa véritable recherche qui consiste à déterminer le rapport d'interdépendance entre norme et fait. Dans les cas d'application des règles de rattachement, cette interdépendance entre détermination de la norme et détermination du fait est évidente. Puisque l'objet des normes de droit international privé est représenté par les normes matérielles qui doivent être appliquées spécifiquement à un rapport donné, les normes matérielles en question ne peuvent être déterminées qu'à travers l'angle visuel du rapport même qu'elles doivent régler. Et ce dernier, d'autre part, en même temps qu'il fait l'objet médiateur des règles de rattachement, en représente aussi leur dernière conséquence. La détermination du rapport juridique, en effet, est l'angle visuel duquel on pourra individualiser les normes matérielles à appliquer, mais il représente aussi le résultat d'une telle application ».

89. La différence tient à une approche philosophique différente qui observe le droit sous l'angle d'une conception objective ou d'une conception subjective. Elle rappelle l'opposition entre droit objectif et droit subjectif. Savigny, *Traité*, t. VIII, 1851, *op. cit.*, assimile d'ailleurs la notion de règle de droit, dont il veut déterminer l'empire, et la notion de droit objectif, p. 10 : « En premier lieu, du côté de la règle du droit. Le cas le plus simple est celui où le législateur par une loi nouvelle change la règle qui jusque-là régissait le rapport de droit, et crée aussi un nouveau droit objectif » ; inversement, l'auteur réduit le rapport de droit à un droit subjectif de l'individu soumis entièrement à sa volonté, *op. cit.*, p. 110 : « Le droit local applicable à chaque rapport de droit se trouve sous l'influence de la volonté libre des personnes intéressées, qui se soumettent volontairement à l'empire d'un droit déterminé, bien que cette influence ne soit pas illimitée. » On se doute que si cette influence n'est pas illimitée, c'est parce que le droit objectif impose ses propres vues : il y a conflit entre droit objectif et droits subjectifs. Cette dualité imprègne la théorie de Savigny qui cherche, *op. cit.*, p. 5-6, à « déterminer le lien qui existe entre les règles du droit et les rapports de droit : ce lien nous apparaît, d'un côté, comme l'empire des règles sur les rapports, de l'autre côté, comme la soumission des rapports aux règles (...) il importe de bien déterminer ce que l'on doit entendre par cette dépendance entre les rapports et les règles (empire, soumission) ». Précisons par ailleurs qu'une telle dissociation entre droit objectif et droit subjectif pourrait tout au plus se concevoir en droit interne mais n'a pas sa place en droit international où il s'agit de choisir le système juridique compétent. Pour une critique d'une telle dissociation, cf. C. Grzegorzczak, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 1982, où l'auteur évoque la philosophie humaniste et individualiste des XV^e et XVI^e siècles qui a appliqué, à tort, aux sciences humaines une division propre aux sciences exactes, celle qui oppose le sujet de la connaissance à l'objet de la connaissance ; il suggère le retour à une philosophie unitaire de type aristotélicienne où sujet et objet de la connaissance ne seraient pas dissociés.

90. La critique vaut tant en droit international qu'en droit interne ; elle a été initiée par Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I et II, 1919, rééd., 1997, LGDJ, spéc. p. 124 où l'auteur dénonce « dans la méthode traditionnelle, une autre tendance (...) qui contribue à pervertir les résultats de l'interprétation du droit : c'est l'emploi de conceptions pures, développées par une logique toute abstraite, et considérées comme instruments nécessaires, de fécondation des textes légaux, ou d'élaborations d'idées juridiques indépendantes », le tout aboutissant à un « abus » qui « consiste (...) à envisager, comme douées d'une réalité objective permanente, des conceptions idéales, provisoires et purement subjectives de leur nature. Et, cette fausse manière de voir aboutit à faire tenir, a priori, tout le système du droit positif, en un nombre limité de catégories logiques, qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leurs fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie ». Cette logique abstraite, critiquable en droit interne, est d'autant plus

catégorie de rattachement un corps homogène de règles substantielles, l'on peut aisément observer que la définition de la catégorie de rattachement demeure loin d'être précise⁹¹, un ensemble limité de catégories de rattachement regroupant l'intégralité des textes de lois, présents et à venir⁹². La fragmentation des catégories de rattachement rend dès lors la présentation classique savignienne de la qualification *lege fori* contestable, autorisant une adoption pure et simple du mode de qualification *lege causae* de la norme elle-même.

2° La qualification *lege causae* du rapport de droit ?

54 – Il est donc acquis que l'adoption de la qualification *lege causae* ne peut avoir pour objet que la norme et non le rapport de droit international. Le point de départ du raisonnement internationaliste serait donc modifié : plutôt que d'intégrer le rapport de droit international dans une catégorie de rattachement du for, il s'agira de déterminer, parmi toutes les lois en présence, la prétention de chacune à s'appliquer selon les qualifications respectives de ces lois. La résolution du conflit de lois passe, dans cette perspective, par un examen de toutes les lois potentiellement applicables et dont les qualifications divergent ; ce n'est plus un rapport de droit international destiné à être ancré dans un système juridique à l'issue de la qualification donnée par le for, mais un ensemble de normes qui ont chacune une prétention égale à s'appliquer et au sein desquels le droit international privé du for procède à une sélection.

55 – Alors que la méthode savignienne de la qualification *lege fori* est fondée sur l'analyse préalable d'un rapport de droit international, la qualification *lege causae* est fondée sur l'analyse des normes elles-mêmes et de leur titre à s'appliquer. Ce titre est défini tant par les législations elles-mêmes pour ce qui concerne leur champ d'application matériel que par le for – à travers ses critères de rattachement – pour ce qui concerne leur champ d'application spatial.

56 – Certes, se fonder sur un rapport de droit international peut paraître louable dans la mesure où un tel fondement, bilatéraliste, laisse penser que le for n'a pas un titre privilégié à régir une situation, internationale par essence. Mais en imposant une qualification *lege fori*, au mépris des législations étrangères, le for impose ses propres vues et perd toute crédibilité aux yeux des législateurs étrangers. Ce qui n'est plus le cas si l'on admet que toutes les législations ont un titre à s'appliquer, dans la mesure d'une compétence spatiale fixée par le for, à travers ses critères de rattachement, mais dans la mesure également d'une compétence matérielle fixée par le législateur étranger lui-même. Autrement dit, il est légitime que la loi française applicable aux conditions de forme du mariage

en droit international lorsqu'elle mène à une complexification inutile du raisonnement. Doit-on en déduire que l'idée même de catégorie de rattachement soit factice ? (sur l'indispensable utilité des catégories juridiques, cf. J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3^e éd., 1999, p. 195-219).

91. En ce sens, J. Dabin, *La technique de l'élaboration du droit positif*, 1935, p. 128 s., qui parle d'*ersatz* de notions juridiques. Également, W. Wengler, *op. cit.*, p. 685. Sur cette imprécision, D. Holleaux, J. Foyer, G. de Geouffre de La Pradelle, *op. cit.*, n° 385.

92. Une doctrine presque unanime propose de déformer les catégories de for pour englober non pas seulement les situations présentes et à venir mais également les situations nées à l'étranger et qualifiées autrement à l'étranger, B. Audit, cours de La Haye, *op. cit.*, p. 264-265.

et compétente du fait du lieu de célébration du mariage, en France, choisisse unilatéralement d'étendre son champ d'application matériel à la question de « *la présence du ministère du culte à un mariage* » ; mais, il est bien moins légitime d'amputer le champ d'application matériel de la loi grecque applicable aux conditions de fond du mariage et compétente du fait de la nationalité grecque des époux, de la question de « *la présence du ministère du culte* ».

57 – Nous retiendrons de cette présentation et de nos précédents développements que la qualification *lege fori* du rapport de droit ne constitue qu'un mode de formulation et de présentation du processus conflictuel ; en modifiant cette présentation, l'on permet à la qualification *lege causae* de s'affirmer pleinement. Une telle qualification, si elle venait à être adoptée, se traduirait par le recours à un raisonnement judiciaire particulier, qui pourrait être celui décrit par l'avocat Lepaulle dans son cours de droit international privé⁹³. L'auteur invite le juge saisi à choisir, par le jeu de la bilatéralisation⁹⁴, au sein de chaque loi sollicitée par le critère de rattachement, la qualification utile à l'application de la norme matérielle – la *lex fori* n'étant sollicitée que dans l'hypothèse où un critère de rattachement conduit à l'examiner ou dans l'hypothèse rare d'une véritable incompatibilité entre les qualifications des lois compétentes.

58 – En définitive, soit la répartition des lois se fait correctement, sans conflits négatifs ou positifs et la *lex fori* s'applique avec la *lex causae*, chacune selon un champ d'application matériel qu'elle se définit ; soit la répartition des lois se fait de manière conflictuelle obligeant la *lex fori* à s'appliquer exclusivement, au titre de sa vocation subsidiaire.

B. – La légitimité du mode de qualification *lege causae*

59 – La qualification *lege causae* est rejetée par la doctrine classique au motif essentiel qu'elle n'est pas apte à s'insérer dans la technique savignienne de résolution du conflit de lois. Il suffit, cependant, d'admettre que la qualification

93. Cf. l'exposé de Lepaulle, *Nature et méthode du droit international privé* : JDI 1936, p. 284, spéc. p. 285 s.

94. Notons que la bilatéralisation du critère de rattachement qui résulte d'une interprétation *a contrario* de la règle de conflit du for, suppose, par juste réciprocité, une bilatéralisation de la catégorie de rattachement. C'est ainsi que Tyan, *La question des qualifications*, Annales de l'École française de droit de Beyrouth, Université de Lyon, 1946, p. 15 et 16, explique : « (...) que la qualification doit être opérée par la loi même désignée par la circonstance de rattachement ; que, plus spécialement, le statut personnel de l'étranger ou du domicilié à l'étranger doit être entendu d'après la notion que s'en fait la loi étrangère, cela résulte encore d'une considération de juste réciprocité. L'article 3, alinéa 3 du Code civil, dispose que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant à l'étranger ». Il n'est pas contesté que cette règle veut dire, au point de vue du législateur français, que les français doivent se voir appliquer dans les pays étrangers où ils se trouvent, toutes les dispositions qui, en droit interne français, sont considérées comme dispositions d'état et de capacité ; que tout ce qui est considéré, qualifié, de matière de statut personnel, d'après le droit français, doit l'être également lorsqu'un français se trouve justiciable d'un tribunal étranger (...) Mais si telle est l'attitude qui doit être prise à l'égard des matières du statut personnel français et des dispositions qui s'y rattachent en droit interne français, lorsqu'il s'agit de citoyens français à l'étranger, comment pouvoir ne plus adopter la même attitude à l'égard des matières du statut personnel étranger et des dispositions qui s'y rattachent en droit interne étranger, lorsqu'il s'agit d'étrangers en France ? La règle de réciprocité, que l'on déduit généralement de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, serait-elle, autrement respectée ? ». Nous rejoignons l'auteur dans cette argumentation convaincante.

préalable du rapport de droit international n'est pas indispensable à la résolution du litige pour permettre à ce mode de qualification d'opérer. Si la légitimité d'une telle démarche peut être puisée dans son caractère universel (1°) il est moins certain que sa positivité puisse être établie (2°).

1° L'universalité de la méthode de qualification *lege causae*

60 – La qualification *lege causae* repose, par définition, sur le respect des législations matérielles étrangères, toutes appelées à régir le litige international. C'est le postulat de Bartin qui a pu, par la suite, être modifié par le découpage strict du raisonnement conflictuel en trois étapes (élément d'extranéité, catégorie de rattachement, critère de rattachement). En conférant à la règle de conflit une certaine autonomie d'application par rapport aux lois matérielles, la doctrine bilatéraliste semble, en effet, avoir largement privilégié le caractère indirect de la règle de conflit aux dépens de l'esprit universel de la matière. Cantonnée à désigner la loi applicable, *lex fori* ou *lex causae*, la règle de conflit a perdu sa raison d'être au profit d'une systématisation à outrance, dénuée de tout caractère pratique.

61 – Pourtant, la règle de conflit ne saurait être une règle indépendante des lois matérielles, règle dont l'interprétation serait puisée dans le *for* exclusivement. La recherche – dans le *for* – d'une définition des catégories de rattachement, avant même toute vérification de l'applicabilité des lois en présence, n'est pas une réponse adéquate à un conflit de qualifications que la réglementation indirecte moderne cherche à occulter. En séparant la catégorie de rattachement du critère de rattachement, au point d'en faire un pont entre le *for* interne et, soit la *lex fori* matérielle elle-même soit la *lex causae* matérielle, l'on respecte certes le sens de la règle de conflit mais l'on dénature le sens de la loi matérielle étrangère éventuellement applicable. D'ailleurs, ignoré au stade du choix de la catégorie de rattachement, le conflit est incontournable au moment de l'application de la loi matérielle étrangère, qui s'appliquera alors en dehors de toute volonté d'application.

62 – Certes, le résultat auquel la démonstration de Bartin mène est fondamentalement particulariste, puisque la *lex fori* est privilégiée, mais le fondement de la démarche demeure universaliste et semble s'inspirer du procédé statutaire. C'est parce qu'il part des différentes souverainetés intéressées au litige, que l'auteur peut postuler une pluralité d'application de lois matérielles : ainsi, la souveraineté néerlandaise, personnelle, est intéressée au litige portant sur le testament de son national puisqu'elle entend, à travers sa norme personnelle – portant sur la nullité du testament dressée en la forme olographe – suivre le néerlandais en quelque lieu qu'il se trouve ; de même, la souveraineté française, territoriale, est intéressée au litige portant sur le testament conclu sur son territoire puisqu'elle entend, à travers sa norme territoriale – prévoyant la validité du testament dressé en la forme olographe – régir tout testament conclu sur son territoire, quelle que soit la personne qui le conclut. La règle de l'extraterritorialité de la norme personnelle néerlandaise, qui ignore les frontières terrestres et a pour champ d'application dans l'espace son groupe de nationaux, complète la règle de la

territorialité de la norme réelle ou territoriale française, qui ignore les frontières personnelles et a pour champ d'application dans l'espace son territoire national. Sous l'angle de la qualification *lege causae*, ce sont les législations elles-mêmes, étrangères au for ou non, qui fixent l'étendue de leur compétence matérielle et la définition des catégories auxquelles elles ont recours.

63 – La technique de la qualification *lege causae* a finalement le mérite d'être fondée sur l'universalité des rattachements, personnels (nationalité, domicile d'origine) ou territoriaux (lieu de célébration du mariage, résidence, lieu de conclusion du contrat) lui conférant sa plus grande légitimité. En effet, alors que la qualification *lege fori* puise ses solutions dans les catégories du for, par essence différentes des catégories étrangères, la qualification *lege causae* puise ses solutions au sein des différentes législations applicables. Or, le choix entre ces différentes législations se fait à partir des critères de rattachement, territoriaux ou personnels, indépendamment de toute qualification préalable. C'est le critère de rattachement qui devrait conditionner l'application de la législation, étrangère ou non. La détermination de ce critère, tiré de la règle de conflit du for, constituerait alors le point de départ du raisonnement internationaliste. Derrière la simple adoption de la qualification *lege causae*⁹⁵, se cache, bien entendu, une remise en cause de la logique conflictualiste moderne. Au lieu de sectionner le raisonnement judiciaire en trois temps – extranéité préalable, catégorie de rattachement du for, critère de rattachement du for – la méthode de la qualification *lege causae* se charge de fixer la part respective des lois matérielles applicables. Tout État ayant une prétention à englober la situation de fait dans son espace de souveraineté personnelle ou territoriale⁹⁶, à travers sa norme personnelle ou territoriale, il conviendra d'en tenir compte. Dès lors, tout litige présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité, c'est-à-dire de rattachements, appellera une analyse de ce litige sous l'angle de ces diverses souverainetés, analyse que seul le droit international privé du for commandera à travers lesdits critères de rattachement.

64 – Chaque critère de rattachement correspondant, selon le droit international privé du for, à une catégorie de rattachement, chaque souveraineté pourra jouer dans les strictes limites de la catégorie qu'elle seule interprétera⁹⁷. Ainsi, le

95. Une telle qualification implique pour B. Ancel, *L'objet de la qualification* : JDI 1980, p. 227, spéc. p. 243, « une démarche incertaine, affligée en tout cas de ce débranchement de l'incohérence qui rend la progression aléatoire ».

96. C'est la même justification qui fonde, à l'époque statutaire, la compétence de chaque juridiction coutumière pour qualifier selon la coutume déclarée applicable. G. R. Delaume, *Les conflits de lois à la veille du Code civil (contribution à l'histoire du droit international privé)*, Sirey, 1947, p. 91, nous indique que « chaque État est seul compétent pour déterminer la nature des biens corporels qui sont situés sur son territoire » ; l'auteur cite un arrêt du 31 mai 1566 du Parlement de Paris qui précise qu'en ce qui concerne la qualification de la capacité de s'obliger par contrat, « il faut suivre la Coutume des lieux où les contrats sont passés et non où les héritages sont situés » et qu'en ce qui concerne la disposition des immeubles « on suit la Coutume des lieux où ils sont assis ». Autrement dit, on qualifie selon la coutume déclarée applicable et non selon la *lex fori*, telle qu'elle est aujourd'hui entendue.

97. En ce sens Tyan, *op. cit.*, p. 15 : « Mais, sans aller jusque là, quel argument logique y aurait-il contre cette affirmation que, lorsque le législateur déclare admettre la compétence de la loi étrangère dans telle matière, il entend, par l'expression qu'il emploie à cette fin, la matière telle qu'elle est entendue dans cette loi étrangère ? Plus spécialement, lorsque le législateur déclare que le statut personnel de l'étranger est soumis à

litige, faussement international, reprendra son véritable caractère national : ancré dans les divers ordres juridiques nationaux, le litige trouvera sa solution dans ces ordres, mais selon une répartition commandée par le droit international privé du for, exclusivement. La nationalité, le domicile, le lieu de situation du bien seront autant d'occasions d'appliquer la loi étrangère selon sa propre vocation. Un mariage entre deux Anglais célébré en Grèce ne sera pas, pour le juge français, un mariage international mais un mariage anglais quant aux conditions de fond – telles que les définit le droit anglais – et un mariage grec quant aux conditions de forme – telles que les définit le droit grec.

65 – Sous cet angle, le droit international privé accomplit assurément une œuvre de répartition ; il reste à en vérifier la positivité.

2° La positivité de la méthode de qualification *lege causae*

66 – À suivre l'enseignement classique, la question de la qualification *lege causae* ou *lege fori* a été résolue définitivement par la jurisprudence dans un arrêt *Caraslanis*⁹⁸ par lequel la Cour de cassation optait pour la qualification *lege fori* : « La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme ». Mais si la formule semble explicite, les faits de l'espèce obligent à émettre certaines réserves. En effet, le mariage ayant été contracté en France, le jeu de la qualification *lege causae* aurait pu mener à la même solution. Ainsi, la loi française, qui était également la *lex fori*, était compétente au titre de la loi de la forme du mariage, loi suscitée par le lieu de célébration du mariage. De même, la loi grecque était compétente au titre de la loi régissant la validité au fond du mariage, loi suscitée par la nationalité des époux.

67 – Or de deux choses l'une : soit l'on considère qu'il y a un conflit entre les deux lois applicables puisque la présence du ministre du culte est une condition du mariage exigée par la loi grecque et ignorée de la loi française – dans ce cas, le conflit se résoudrait au profit du for, au titre de sa vocation subsidiaire ; soit l'on considère qu'il n'y a pas de conflit entre les deux lois applicables puisque la présence du ministre du culte est une condition de fond du droit grec ce qu'elle n'est pas pour le droit français et qu'inversement elle est une condition de forme pour le droit français, ce qu'elle n'est pas pour le droit grec ; autrement dit, le mariage valable en la forme selon le droit français de la forme compétent, serait nul au fond selon le droit grec compétent ; les conditions de forme pouvant, en toute compatibilité, diverger des conditions de fond ; il n'y aurait là aucune incohérence. Dans la première hypothèse, l'on constate que le conflit positif de qualifications provoqué par le recours à la qualification *lege causae* aurait mené à la loi française compétente au titre de sa vocation subsidiaire et donc à

sa loi nationale, pourquoi ne pas admettre tout simplement que ce législateur a entendu l'expression « statut personnel » dans le sens reconnu dans la loi étrangère ? ».

98. Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, préc.

l'annulation du mariage. Dans la seconde hypothèse, l'on constate que le cumul de qualifications auquel conduit la qualification *lege causae*, mène à l'application des deux lois, annulant également le mariage.

68 – En définitive, cet arrêt n'est explicite que sur un point : la Cour de cassation reconnaît l'existence d'un conflit de qualifications entre la loi grecque et la loi française, le fond ne pouvant compléter la forme. Mais il reste à savoir si ce conflit est résolu au profit de la *lex fori*, au titre de sa vocation privilégiée et *a priori*⁹⁹, ou au titre de sa vocation subsidiaire et *a posteriori*¹⁰⁰, la vocation privilégiée traduisant le choix d'une qualification *lege fori*, la vocation subsidiaire le choix d'une qualification *lege causae*. Certes, les termes de la décision de la Cour de cassation semblent indiquer la réponse : en invitant à trancher la question « selon les conceptions du droit français » et non selon les conceptions du droit français compétent selon le lieu de conclusion, la Cour s'oriente assurément vers une qualification *lege fori*. Mais est-elle consciente de la spécificité d'une réponse donnée au profit d'une loi compétente par ailleurs par le jeu du critère de rattachement¹⁰¹ ?

69 – En tout état de cause, quelle que soit la réalité du droit positif, il faut admettre que le décalage entre les réponses apportées par la qualification *lege causae* et celles apportées par la qualification *lege fori* est faible : le seul cas de véritable opposition est celui où la *lex fori* n'entretient aucun rapport avec le for (absence de rattachement), au contraire des autres lois étrangères applicables, lois dont la *lex fori* néglige pourtant le contenu¹⁰². Mais dans tous les cas, y compris ceux où les solutions sont identiques, le cheminement de la pensée est tout autre, car l'une des qualifications se veut respectueuse des lois étrangères et l'autre ne s'en préoccupe pas.

70 – Ce refus de la règle de conflit classique de tenir compte de la volonté du législateur étranger a pu parfois être atténué par certaines doctrines qui ont semblé, à travers leurs suggestions, recourir indirectement à la qualification *lege causae* sans pour autant le dire. Ainsi, curieusement, une partie de la doctrine a proposé de recourir à certaines procédures qui rappellent la qualification *lege causae*.

99. Avant toute analyse des règles matérielles.

100. Après avoir analysé les règles matérielles applicables.

101. La loi du for et la loi du lieu de conclusion de l'acte se rejoignent.

102. C'est, par exemple, l'hypothèse du mariage entre deux Libanais au Sénégal soumis au juge français, saisi pour se prononcer sur sa validité et, précisément, sur la nécessité de recourir à un ministère du culte. La qualification *lege fori* mène à un rattachement à la catégorie forme du mariage et donne compétence au droit sénégalais ; la qualification *lege causae* conduit à consulter d'une part le droit sénégalais en matière de « conditions de forme » lequel lui préfère un rattachement à la catégorie « conditions de fond du mariage » et refuse donc l'offre de compétence et d'autre part le droit libanais « des conditions de fond du mariage » qui accepte une telle offre de compétence. Il y a alors une divergence entre les deux types de qualifications : la qualification *lege fori* conduit à l'application du droit sénégalais des conditions de forme du mariage alors que la question posée appelle une classification au sein du droit sénégalais dans la catégorie « conditions de fond » ; la qualification *lege causae* conduit à l'application du droit libanais qui accepte une telle offre de compétence.

71 – Ce fut d'abord la proposition de Batiffol¹⁰³, en cas d'introduction d'une institution étrangère inconnue du for, comme par exemple la polygamie, de procéder à une analyse *lege causae* de cette institution et, par suite, de procéder à son classement dans le for. Cette qualification *lege causae* se ferait à titre informel et préalable, pour comprendre la nature du problème posé, le classement dans le for reprenant aussitôt après ses droits. Mais en préconisant ce type de qualification, Batiffol rejoint, semble-t-il, les partisans de la qualification *lege causae* car la différence faite entre le caractère officiel ou officieux de la démarche du juge selon le type de qualification utilisé est, croyons-nous, fragile. Dès lors que le juge procède à une qualification *lege causae*, on peut considérer, en effet, qu'il s'inspire de l'esprit de la législation étrangère. Par ailleurs, ce caractère informel qui est infligé par Batiffol à la qualification *lege causae* demeure, dans une certaine mesure, invraisemblable car cette simple recherche d'information conduit à un examen approfondi de la loi étrangère elle-même, en contemplation de laquelle s'effectue ladite qualification. Autrement dit, l'on ne saurait analyser une institution donnée comme un élément propre à la vie juridique internationale et indépendant des règles étatiques qui la produisent : l'institution de la *quarte* du conjoint pauvre ne saurait être détachée du droit anglo-malais qui la régit ; de même, la polygamie ne saurait être détachée du droit mosaïque ou musulman qui la régit. Il y a donc nécessairement un passage obligé par une analyse véritable des règles étrangères elles-mêmes. C'est là le propre du raisonnement suivi en matière de qualification *lege causae*. Comment alors parler de qualification informelle ?

72 – Cet attachement dogmatique¹⁰⁴ au principe de la qualification *lege fori* aboutit également à des résultats paradoxaux en matière de renvoi. En effet, le renvoi semble être un autre moyen détourné de revenir à la qualification *lege causae*. De la même manière qu'il peut résulter d'une divergence de critères de rattachement – pour une même catégorie donnée, il devrait pouvoir être admis lorsqu'il résulte d'une divergence de catégories de rattachement – entraînant une opposition des critères. Pourtant, la jurisprudence qui admet le renvoi lorsqu'il résulte d'une différence de critères de rattachement, le refuse lorsqu'il résulte d'une simple différence de catégories de rattachement. Ainsi, elle prend une position partielle en faveur non de la loi matérielle française, mais de sa règle de conflit dont elle protège l'unité – du critère et de la catégorie. En revanche, elle se passe d'une telle protection lorsque c'est la règle de conflit étrangère qui joue, ignorant comme le souligne M. Ancel¹⁰⁵ « la solidarité qui unit catégorie et rattachement dans le droit étranger ». Qui plus est, comme l'indique MM. Ancel

103. Sur la méthode comparative initiée par Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, *op. cit.* ; V. également, Batiffol, *Principes de droit international privé* : RCADI 1959, t. II, p. 430, spéc. p. 451, où l'auteur applique cette méthode au problème des qualifications ; précisément, dans leur traité, MM. Batiffol et Lagarde, *op. cit.*, p. 480, n° 294. Cf. le commentaire de R. Lehmann dans son article sur les qualifications, *J.-Cl. Droit international*, *op. cit.*, p. 9, n° 36.

104. En ce sens, B. Audin, cours de La Haye, *op. cit.*, p. 324 qui considère que la décision *Carastanis* et son interprétation par la doctrine « constitue le paroxysme de l'analyse dogmatique dans la jurisprudence ».

105. B. Ancel, *L'objet de la qualification*, *op. cit.*, p. 567.

et Lequette¹⁰⁶ : « Il est difficile de déterminer si la différence des solutions tient à une divergence des qualifications ou des rattachements. Il est en effet possible de passer de l'une à l'autre selon le degré de spécialisation des règles de conflit. Par exemple pour reprendre l'une des hypothèses de travail de Bartin, la capacité de vendre un immeuble pourra donner naissance à un conflit de qualifications dans les rapports entre deux systèmes qui se contenteraient, à l'image de l'article 3 du Code civil, de prévoir que le statut personnel relève de la loi nationale et le statut réel de la *lex rei sitae* et classeraient la question dans des catégories différentes. Inversement, elle s'analyserait en un conflit de rattachements si chacun des systèmes en question a pris soin d'édicter une règle précisant que le problème relève chez l'un de la loi nationale, et chez l'autre de la *lex rei sitae*. Dès lors, on discerne mal pourquoi ce qui tient à un accident de rédaction serait à l'origine de solutions aussi radicalement différentes ». En réalité, ce « degré de spécialisation » de la règle de conflit et « l'accident de rédaction » qui en est le produit n'a pour source que la formulation moderne du conflit de lois qui englobe les rapports juridiques dans des catégories abstraites dont l'hétérogénéité est patente. Dans le cas cité par MM. Ancel et Lequette, la règle portant sur la capacité est une règle dont le champ d'application dans l'espace est fixé soit par le rattachement de l'immeuble au territoire d'un ordre juridique donné, soit par le rattachement du vendeur au groupe national d'un ordre juridique donné. En raisonnant en termes conflictuels modernes, cette même règle est classée dans deux catégories de rattachement différentes ce qui engendre un faux conflit de catégories, réductible à un conflit de critères. Au contraire, en raisonnant en termes de lois matérielles et de sphères de compétence dans l'espace, le conflit de catégories ne peut plus se différencier du conflit de critères, le premier étant assimilé au second au sein d'une même loi matérielle¹⁰⁷.

73 – Ainsi, en cherchant systématiquement à procéder au classement des lois dans des catégories abstraites, l'enseignement classique semble avoir créé une différence artificielle entre le conflit de rattachements et le conflit de catégories, conflit que la doctrine¹⁰⁸ propose aujourd'hui de résoudre par le jeu du renvoi de qualifications. Ne serait-il pas plus simple de revenir à une vision de type statutaire du conflit, vision assignant aux lois applicables et non aux catégories, des champs d'application spécifiques dans l'espace ? Le renvoi de qualifications laisserait ainsi place à une institution similaire et plus simple semble-t-il, la qualification *lege causae*.

106. MM. Ancel et Lequette, GAJFDIP, n° 7-8, *Forgo*, p. 56, n° 3 ; plus généralement, sur les liens entre renvoi et qualification, liens déjà connus des statutaires, semble-t-il, V. Niboyet & Froland, *Les conflits de qualifications et la question du renvoi* : Rev. crit. DIP 1926, p. 1, et spéc. p. 24.

107. Ce qui d'ailleurs contribue à la confusion, c'est, comme l'a souligné Tyan, *op. cit.*, p. 15 s., la terminologie contemporaine : lorsqu'on exprime la règle de conflit, en matière de statut personnel, sous la forme « l'état et la capacité des personnes sont régis par leur loi personnelle », on pourrait comprendre qu'un doute ait pu surgir sur la question de savoir quelle loi est compétente pour déterminer le sens de l'expression « état et capacité » ; tandis que l'expression « d'extraterritorialité des statuts personnels » laisse penser que les règles du statut personnel du pays auquel est rattaché un individu le suivent, tels quels, en dehors du territoire de son pays.

108. À ce sujet, Y. Lequette, « Le renvoi de qualifications », in Mélanges D. Holleaux, p. 249 s.

74 – Autrement dit, plutôt que de nier, au stade de la recherche de la règle de conflit, la tendance naturelle du droit international privé à tenir compte des qualifications étrangères, puis de succomber à ce besoin, au stade de la mise en œuvre de la règle de conflit choisie, il serait préférable, à notre sens, de recourir d'emblée, au départ du raisonnement, à une telle recherche. Mais il faudrait, pour y parvenir, renoncer à la « *technologie* »¹⁰⁹ de la règle de conflit moderne pour adopter de manière ostensible la qualification *lege causae*.

Mots-Clés : Méthode du conflit de lois. - Qualification. - Lex causae. - Lex fori.

109. Le terme est de P. G. Vallindas, *La structure de la règle de conflit* : RCADI 1960, t. III, p. 327 s.